

# INTENCIÓN DEL LEGISLADOR Y SIGNIFICADO DE LA LEY ORDINARIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA\*

LEGISLATOR'S INTENTION AND MEANING  
OF ORDINARY LAW IN THE JURISPRUDENCE  
OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

MASSIMO CAVINO  
*Università Amedeo Avogadro  
del Piemonte Orientale*

Fecha de recepción: 7-4-08  
Fecha de aceptación: 30-4-08

**Resumen:** *El artículo toma en consideración el papel que la Corte constitucional italiana asigna a la intención del legislador. Se pone de manifiesto cómo, a través del análisis de los criterios interpretativos del “respeto a la norma de derecho vivo” y de la “interpretación conforme a Constitución”, así como de su contraste con la jurisprudencia relativa a la interpretación auténtica, resulta que el puesto de la intención del legislador, (desde la perspectiva de su actualidad), debe considerarse central.*

**Abstract:** *The paper takes into account the role assigned to legislator's intention by the Italian constitutional Court. It is shown how, through an analysis of the interpretative criteria of 'respect to the living law's norm' and 'interpretation in accordance with constitution', as well as through their contrast with the case law about authentic interpretation, it works out that the role of legislator's intention –from the perspective of its actuality– must be seen as a central one.*

**Palabras clave:** jurisprudencia, interpretación, constitución, magistratura, legislador, argumentación.

---

\* Traducción de Luis Lloredo Alix. Universidad Carlos III de Madrid.



**Keywords:** case law, interpretation, constitution, magistracy, legislator, argumentation.

# 1. LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD DEL ENTENDER<sup>1</sup>: HACIA UNA DEVALUACIÓN DE LA INTENCIÓN SUBJETIVA DEL LEGISLADOR

En el ámbito de la teoría general de la interpretación jurídica, simplificando mucho, podemos afirmar que la referencia a la intención del legislador se corresponde, en diverso modo y medida, con todos los planteamientos atribuibles al formalismo práctico<sup>2</sup> (es decir, a aquella concepción de la dinámica jurídica según la cual la norma precede a la acción del intérprete); dicha referencia, en cambio, es rechazada por los planteamientos escépticos (aquellos que consideran a la norma como un producto derivado de la acción del intérprete).

Para los primeros, la referencia a la intención del legislador “introduce la cuestión de la *ratio* de las disposiciones jurídicas y el modo en que ésta debe ser entendida”, asumiendo por *ratio* de la ley “un elemento *lógico-político* (el objetivo en vista del cual se dispone lo que se dispone, el objetivo que justifica la disposición jurídica). [...] Las disposiciones legislativas son medios para alcanzar un fin hacia el que se orienta la intención del legislador y, puesto que la reglamentación jurídica de las actividades humanas no es un fin en sí mismo (no se ordena por ordenar, no se prohíbe por prohibir, etc.),

<sup>1</sup> N. del T: la expresión *attualità dell'intendere* procede de la obra de Emilio Betti, para quien ésta constituye uno de los cánones hermenéuticos fundamentales. Hemos optado por una traducción literal, atendiendo al peso filosófico de la expresión original y al hecho de que así se ha traducido en las demás versiones castellanas: E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. y pról. de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975; ID., *La interpretación jurídica*, prólogo de Giuliano Crifó, compilación y trad. de Alejandro Vergara Blanco, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

<sup>2</sup> Por formalismo práctico entendemos aquella doctrina de la justicia según la cual la norma está constituida con anterioridad a la acción que debe regularse. Por consiguiente, es formalista toda toma de decisiones realizada con base en una norma preexistente al caso concreto, lo que se contrapone con las elecciones construidas mediante el criterio equitativo de la “justicia del caso singular”. M. JORI (*Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 5 y ss.), con una metáfora comercial, define la toma de decisiones formalista como un método “al por mayor”, y la toma de decisiones equitativa como un método “al por menor”.

sino un medio para perseguir determinados fines sociales, la consideración de la *ratio* de las reglas jurídicas es esencial para entender su alcance”<sup>3</sup>.

Para los segundos, que rechazan la existencia de una *ratio* normativa, la impugnación del valor de la intención del legislador, argumentada de diverso modo<sup>4</sup>, representa una de las premisas esenciales de esa misma negación<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, p. 72.

<sup>4</sup> Un argumento recurrente en este tipo de impugnaciones es la imposibilidad de admitir la existencia de voluntad en los órganos colegiados, como tendencialmente son los legisladores (sobre este punto, vid. S. L. PAULSON, “Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche”, *Ars interpretandi*, 1998, pp. 65 y ss.; R. SACCO, “L’interpretazione”, en G. ALPA, A. GUARNERI, P. G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. Vol. 2. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, UTET, Torino, 1999, pp. 191 y ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 86). Pero esto no resulta del todo convincente. Es obvio que la voluntad de dichos órganos resulta de la composición de una pluralidad de orientaciones particulares y que ésta no puede entenderse desde una perspectiva psicológica salvo al precio de evidentes manipulaciones. Sin embargo, el constitucionalista no cesa en el empeño de reconocer en ella esa unidad de propósitos que solemos llamar orientación política.

Sobre el valor unitario de la acción de los órganos colegiados vid., todavía con gran provecho, S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ahora en *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 124 y ss.: “Así pues, el concepto de órgano colectivo, en contraposición al de órgano simple –es decir, compuesto por una sola persona física– tiene su razón de ser en cuanto que sus actos, habida cuenta de su modo de funcionamiento, se consideran como producto de aquél, aunque no todas las personas que lo compongan hayan colaborado en su adopción, sino tan sólo la mayoría computada de diversa forma. En otras palabras, el concepto del que hablamos surge de la necesidad de contraponer la unidad de los diversos componentes del órgano con los mismos componentes en su sentido individual y, principalmente, para poder poner de relieve que, por regla general, no es necesario el concurso de todos sus elementos para formar dicha unidad. Por otra parte, caracterizan al órgano colectivo la simultaneidad de la labor prestada por sus diferentes miembros y la desaparición, en la unidad del acto resultante, de los diversos momentos y acciones que sirvieron para la formación de dicho acto. Todo esto implica que la noción de órgano colectivo se confunde con la de órgano colegiado: es sólo la imagen del colegio lo que ésta designa, y no se sabría indicar para qué otra finalidad podría ser ésta utilizada [...]. Los actos de los órganos colectivos, precisamente por el carácter de estos últimos y de su unidad, no son actos colectivos o complejos –como se prefiera– sino simples”.

<sup>5</sup> Vid. A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giapichelli, Torino, 1996, pp. 19 y ss.

Puesto que las teorías escépticas, aunque apoyadas por argumentos de autoridad<sup>6</sup>, no pueden dar cuenta de la realidad de las relaciones que se producen entre el legislador y el intérprete (en contra de lo que sostienen los escépticos, el hecho de que se instauren relaciones jurídicas y se produzcan efectos generalmente reconocidos, entre sujetos diversos plenamente libres y sobre la base de disposiciones normativas específicas, vale para demostrar que esas mismas disposiciones tienen un significado precedente a la actividad interpretativa)<sup>7</sup>, será útil concentrarnos en las primeras a los efectos de nuestra indagación<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Vid. G. TARELLO, "Il problema dell'interpretazione: una formulazione ambigua", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 349 y ss.; ID., "Gerarchie normative ed interpretazione dei documenti normativi", *Politica del diritto*, 1977, pp. 499 y ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; P. G. MONATERI, "Interpretare la legge (il problema del civilista e le analisi del diritto comparato)", *Rivista di diritto civile*, 1987, vol. I, pp. 531 y ss.; ID., *Pensare il diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1997; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990; ID., "Disposizione vs. Norma", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 235 y ss.; ID., "Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", en *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 331 y ss.; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., "Principi di diritto", *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XIV, UTET, Torino, 1996, pp. 341 y ss.; ID., "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", *Diritto pubblico*, 1998, pp. 641 y ss.; ID., "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", en M. BESSONE (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 89 y ss.; ID., "Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione", *Ragion pratica*, núm 17, 2001, pp. 43 y ss.; ID., "Lo scetticismo interpretativo rivisitato", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006/1, pp. 227 y ss.; P. CHIASSONI, "L'ineluttabile scetticismo della scuola genovese", *Analisi e diritto*, 1998, pp. 21 y ss.; E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999. Sobre el tema vid. M. BARBERIS, "Lo scetticismo imaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise", *Analisi e diritto*, núm 5, 2000; ID., "Teologia dell'interpretazione. Sul primato retorico dello scetticismo interpretativo", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, pp. 285 y ss.; M. DE CARO, "Forme dello scetticismo e interpretazione", *Fenomenologia e Società*, núm. 2, 2002, p. 31.

<sup>7</sup> Vid. E. FAZZALARI, "Giudici, diritto, storia", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 761: "Es infundada, o a mi me lo parece, la tesis [...] que subestima a la norma como regla general y abstracta (esto es, típica) preexistente al juicio, asignando al juez la tarea de ponerla en cada caso concreto: no advierte que la regla se concreta con la aparición de toda situación real, y no con la eventual y sucesiva intervención del juez (¿de otro modo sólo tendríamos el estatus de marido y de padre cuando nos pusiéramos a discutir frente al juez y recibiésemos su veredicto!). En el mismo sentido vid. A. WELLMER, "Scetticismo nell'interpretazione", *Fenomenologia e Società*, núm. 2, 2001, pp. 26 y s., *passim*.

<sup>8</sup> Para que esta breve consideración, impuesta por exigencias de síntesis, no parezca expeditiva y superficial, permítaseme reenviar a mi *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 63 y ss., donde la crítica a los planteamientos escépticos se desarrolla con reflexiones más articuladas.

Pues bien, estas teorías se caracterizan y se distinguen en función de la solución propuesta para el problema de la *actualidad del entender*<sup>9</sup>, determinado por la distancia que media entre el momento en que se expresa la actividad interpretativa y el momento en que se fijó la intención del legislador<sup>10</sup>.

Las teorías formalistas de la interpretación<sup>11</sup>, fundadas sobre la denominada ideología codificadora<sup>12</sup>, y predominantes hasta la primera mitad del siglo pasado<sup>13</sup>, calculaban dicha distancia en términos meramente cronológicos.

<sup>9</sup> Vid. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), Giuffrè, Milano, 1990, pp. 78 y ss.

<sup>10</sup> Vid. M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto* (1928), Giuffrè, Milano, 1991, p. 15. Para una bonita reconstrucción del debate acerca del problema de la *actualidad del entender*, desde la particular perspectiva de la doctrina penalista, vid. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione del diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>11</sup> Se impone aquí una precisión terminológica. Dado que antes hemos hecho referencia a aquellas teorías de la interpretación que pueden adscribirse en general al formalismo práctico, conviene aclarar qué es lo que se entiende por formalismo interpretativo en sentido estricto. Según esta acepción particular, se definen como formalistas aquellas teorías de la interpretación que, partiendo de la tesis de que la norma precede a la actividad interpretativa (tesis común a todos los planteamientos práctico-formalistas), concluyen afirmando que ésta consiste en una actividad meramente cognoscitiva.

<sup>12</sup> Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 265 y ss.; G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, ECIG, Genova, 1971, *passim*; P. UNGARI, "Per la storia dell'idea di codice", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, pp. 207 y ss.; A. J. ARNAUD, "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 165 y ss.; E. PATTARO, "Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi", *Politica del diritto*, 1972, pp. 821 y ss.; R. CANOSA, "Che cos'è il positivismo giuridico", *Quale giustizia*, 1974, pp. 291 y ss.; D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *Droits*, 1998, pp. 173 y ss.; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 34 y ss. y 62 y ss.; C. CASTRONOVO, "Savigny, i moderni e la codificazione europea", en *Europa e diritto privato*, 2001, pp. 219 y ss. Para un análisis del aspecto "mitológico" de la idea de legalidad, vid. J. J. CHEVALLIER, "La dimension symbolique du principe de légalité", en C. A. MORAND (ed.), *Figures de la légalité*, Publisud, París, 1992, pp. 55 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, especialmente pp. 31 y ss.

<sup>13</sup> Tan sólo encontraron una resistencia significativa en el así llamado movimiento de derecho libre de lengua alemana y en las reflexiones de Gény. Sobre el tema, vid. F. VIOLA, "R. von Jhering e la conoscenza del diritto", en F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo, 1974, pp. 23 y ss.; M. URSO, F., "Gény e l'interpretazione del diritto", *ibidem*, pp. 51 y ss.; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 209 y ss.; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 22 y ss.; M. G. LOSANO, "Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, pp. 97 y ss.; ID., "La lotta per il diritto di

Decididamente influidas por una concepción fuerte de la separación de poderes, estas teorías reducían la actividad interpretativa a un sencillo reconocimiento<sup>14</sup> de la intención del legislador, entendida así como su voluntad política subjetiva<sup>15</sup>.

Pero el problema de la *actualidad del entender* les obligaba a aclarar cómo podía el legislador histórico expresar subjetivamente una voluntad capaz de orientarse hacia circunstancias de hecho concretas y alejadas del momento histórico en que se produjo el acto legislativo.

La dificultad se superaba teorizando la inmanencia de la voluntad del legislador en el texto de la ley: a diferencia de la que expresan los particulares en la producción de sus actos y sus negocios<sup>16</sup>, la voluntad del legis-

---

Jhering nel dibattito politico dell'Italia degli anni trenta", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, pp. 195 y ss; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III. Ottocento e novecento*, Laterza, Bari, 2001, pp. 195 y ss.

<sup>14</sup> La operación interpretativa es descrita como un procedimiento trivial en los tratados de derecho civil del período liberal. Vid., en este sentido, F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, UTE, Torino, 1888, p. 968; G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, Jovene, Napoli, 1894, p. 76; F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1910, p. 260; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, vol. I, UTET, Torino, 1912, p. 23; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, Fratelli Cammelli, Firenze, 1925, p. 80 y s. Sobre el tema, vid. G. ALPA, *Trattato di diritto civile. vol. I. Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 59 y ss. Naturalmente, no faltaron voces discrepantes. Entre éstas, parece particularmente significativa la de F. DEGNI (*L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli, 1909), quien, pese a reconocer un valor esencial a la voluntad del legislador histórico (cosa que le acarreo la áspera crítica de M. S. SIOTTO PINTOR en el *Foro italiano*, 1909, vol. III, p. 322, nota 6, y que sin embargo no ha sido recogida por R. GUASTINI, "Due studi sulla dottrina dell'interpretazione nei giuristi italiani del primo novecento", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977, pp. 115 y ss.), tiende a afirmar la falta de coincidencia entre ley y derecho. Para un panorama general sobre la cultura jurídica que subyacía y que alimentó a las teorías formalistas de la interpretación, vid. M. GIORGIANNI, "Le "Istituzioni" del diritto civile nella tradizione dell'esegesi", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, pp. 1064 y ss.; G. ALPA, "La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento", *ibidem*, 2000, pp. 322 y ss.

<sup>15</sup> La referencia a la intención del legislador asume en este caso el carácter de una directriz interpretativa (pseudo)psicológica. Vid. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., pp. 85 y ss.

<sup>16</sup> A. LEVI (*Teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova, 1967, p. 209), retomando las reflexiones de Filomusi Guelfi sobre la sucesión testamentaria, distingue entre la voluntad del *de cuius*, cristalizada en el testamento, y la voluntad del legislador, immanente y viva en el texto de la ley. Contesta a esta distinción V. FROSINI (*La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 129 y ss.), subrayando que también en la interpretación de los actos de la autonomía privada, y entre ellos el testamento, puede reconocerse aquella *constantia voluntatis* propia de los



lador no se habría cristalizado en el texto de la ley, quedando allí prisionera, sino que habría permanecido, más bien, como principio inmanente que continúa animándola incluso mucho tiempo después de su formulación original.

El intérprete, así, debería recoger la volición inmanente del legislador y hacerla vivir históricamente mediante el préstamo de su propia voluntad<sup>17</sup>.

actos normativos. Sin embargo, la crítica de Frosini no parece muy convincente porque, si bien es verdad que las disposiciones testamentarias, por su naturaleza, están destinadas a producir efectos incluso mucho después de su enunciación, no puede olvidarse el hecho de que se refieren a un objeto determinado, particular y concreto: el patrimonio del testador respecto al cual se formó la voluntad de este último. Muy distinto es el ámbito aplicativo material de una ley, que puede comprender, y generalmente comprende, objetos extraños al conocimiento –y por tanto a la intención– del legislador histórico.

<sup>17</sup> Vid. W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova, 1930, pp. 36 y ss., *passim*: “al tratarse de una manifestación de voluntad a la que corresponde una clase de acciones y, por lo tanto, no una única acción singular (mientras que en la realidad concreta voluntad y acción son indistinguibles e inseparables), la norma es una pseudo-volición, que se reemplaza por una volición verdadera y propia sólo mediante el comportamiento efectivo que resulta conforme con ella, es decir, por el cual fue promulgada. [...] Entre la voluntad que pretende la norma –o sea que se pone como norma– y la que pretenderá el acto, media solamente una diferencia de carácter cronológico, tratándose así de dos manifestaciones sucesivas de una voluntad que, psicológicamente, es la misma, de una voluntad que cumple así todo su ciclo, primero queriendo querer y después queriendo efectivamente”. En el mismo sentido vid. G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941, pp. 13 y ss.: “El intérprete reproduce o revive en sí mismo el acto normativo como criterio o principio para desplegar la actividad normativa. Tiene que ver cómo con ese dato, criterio o principio, se despliega la actividad normativa; y, para poder ver, él mismo debe asumir el ropaje de actor, es decir, tiene que desplegar la propia actividad normativa asumiendo como criterio o principio el acto de interpretar. Sólo de esta manera puede el intérprete afirmar que verdaderamente conoce, esto es, que posee el acto normativo en cuanto que él, haciéndolo revivir en su espíritu, lo asume como criterio o principio para desplegar la actividad normativa”. De nuevo en el mismo sentido L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile. Vol. I. Teoria e sistema della giurisdizione*, Vallardi, Milano, 1923, pp. 76 y s.; P. CALAMANDREI, “Il giudice e lo storico”, *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, vol. I, pp. 118 y ss.; L. BAGOLINI, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 78 y ss.; A. BURDESE, M. GALLLO, “Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, pp. 380 y ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del «Foro italiano», Roma, 1951, pp. 285 y ss.

La imagen de la inmanencia de la voluntad legislativa<sup>18</sup>, felizmente descrita por la contraposición entre la letra y el espíritu de la ley<sup>19</sup>, constituía una solución al problema de la *actualidad del entender* que guardaba una indudable coherencia con el contexto cultural y social que subyacía a su elaboración.

La falacia que sostiene la posibilidad de conocer la voluntad ajena (según la cual el contenido de un acto de voluntad no puede conocerse, sino más bien desearse de nuevo<sup>20</sup>) no era en absoluto percibida. Se trataba de

<sup>18</sup> Imagen que, por lo demás, ya inducía a una concepción objetiva de la voluntad del legislador: “la voluntad de la ley no es una voluntad separada de su autor en el sentido antonómico que la teoría objetiva asigna a la expresión “voluntad de la ley”, pero tampoco es la voluntad del legislador; ambas son, en efecto, expresiones metafóricas, donde la primera designa una abstracción y la segunda un *quid* contingente. Por lo tanto, la intención del legislador del artículo 3 no sólo no debe entenderse en sentido psicológico, sino tampoco como un momento subjetivo: decir que “el legislador quiere A” tiene valor en tanto en cuanto signifique que el ordenamiento jurídico actualmente dispone A; de otra manera se desembocaría en una indagación histórica irrelevante para quien debe aplicar el derecho” (M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 121).

<sup>19</sup> En torno a esta problemática, vid. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito*, cit., *passim*; G. GORLA, “I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del Codice Civile del 1942 (Un problema di diritto costituzionale?)”, *Foro italiano*, 1969, vol. V, pp. 112 y ss.; L. MOSSINI, “Il significato proprio delle parole e l’intenzione del legislatore”, *Rivista di diritto civile*, 1972, pp. 330 y ss.; N. IRTI, “La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)”, en ID., *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 139 y ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, pp. 201 y ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre l’esprit et la lettre. Les directives d’interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, *passim*; M. AINIS, “Due parole sulle parole della legge”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1995, pp. 681 y ss.; P. CHIASSONI, “Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)”, en V. VELLUZZI, (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1 y ss.; F. POGGI, “Contesto e significato letterale”, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>20</sup> Vid. F. D’AGOSTINO, “Contingenza delle norme e soluzione delle controversie”, en S. COTTA (ed.), *Conoscenza e normatività. Il normativo tra decisione e fondazione*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 113 y ss.: “el mero conocimiento del bien (o si se prefiere del deber) como principio no garantiza su realización, ni lógica ni axiológicamente. Lógicamente, porque quien conoce el bien (o el deber) no está por ello en situación de formular, mediante un juicio sucesivo, las modalidades efectivas a través de las que éste puede encontrar su espacio en el mundo (el juicio práctico tiene otros principios además de los abrazados por la razón teórica). Axiológicamente, porque la capacidad de realizar el bien no depende de la mera fuerza del hombre, sino de un principio superior a él y en cualquier caso no reductible, que se denomina *libertad* en el lenguaje filosófico y que en el lenguaje teológico ha recibido el nombre de *gracia*”.



una especie de *trompe-l'oeil* de la consciencia: los intérpretes dotados de alguna cualificación (jueces, funcionarios públicos, prácticos), dada la fuerte homogeneidad social que los hermanaba con el legislador, reconocían claramente dicha voluntad, pese a la distancia temporal, por el sencillo motivo de que ellos también la compartían<sup>21</sup>.

Pero el final de aquel contexto cultural, la crisis y la superación de la estructura monoclasiista de los aparatos estatales, ha puesto inevitablemente en tela de juicio a las teorías formalistas.

Simplificando mucho de nuevo, podemos afirmar que el pluralismo social e institucional, al propiciar que la ley dejara de ser la expresión de la voluntad general y se convirtiera más bien en la de una mayoría –a la vez que articulaba su ejecución jurisdiccional y administrativa– ha situado el problema de la *actualidad del entender* en nuevos términos.

La distancia entre el momento de la producción legislativa y el de la interpretación ya no sólo se puede comprender desde la perspectiva histórica.

Legislador e intérprete se encuentran frecuentemente separados por sensibilidades diferentes, lo cual ha inducido al abandono de la concepción subjetiva de la intención del primero como mera manifestación de una voluntad política<sup>22</sup>.

La referencia a la intención del legislador todavía es considerada como directriz interpretativa fundamental<sup>23</sup>. Sin embargo, se asume como *ratio le-*

<sup>21</sup> Vid. P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di un'analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo*, Edizioni dell'Ateneo & Bizzarri, Roma, 1979, p. 21; A. AQUARONE, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, il Mulino, Bologna, 1987, pp. 81 y ss.; C. GUARNIERI, "L'ordine pubblico e la giustizia penale", en R. ROMANELLI, (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, Donzelli, Roma, 1995, p. 372.

<sup>22</sup> Vid. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 261 y ss.

<sup>23</sup> Los intérpretes sienten "la exigencia sistemática" de ser fieles a la voluntad normativa del legislador, incluso cuando su acción parece ser enteramente creativa. En este sentido, vid. G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, especialmente pp. 72 y ss. El autor subraya cómo la aparición jurisprudencial del "nuevo derecho" ha venido acompañada de una constante búsqueda de referencias normativas positivas. Semejante acontecimiento podría comprenderse como una confirmación de las hipótesis escépticas: el intérprete decide primero y después "usa" la ley "estratégicamente". Pero en realidad, el análisis efectuado por el autor muestra que la jurisprudencia, tanto de instancia como de casación, siempre ha sostenido que la necesidad de reconocer como derecho una exigencia social (la de tutela de la identidad personal) no podía tomarse en consideración sino con fundamento en una base normativa, recabada además mediante

gis objetiva, como sentido normativo inmanente al texto<sup>24</sup> y sobre la base de juicios de razonabilidad formulados mediante los métodos más diversos<sup>25</sup>, según los cuales la voluntad política originaria no sería más que uno de los elementos dignos de consideración<sup>26</sup>.

## 2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL DESARROLLO DE LAS TEORÍAS DEVALUATIVAS DE LA INTENCIÓN SUBJETIVA DEL LEGISLADOR

La elaboración de las teorías interpretativas post-formalistas, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha coincidido con el desarrollo de la justicia constitucional.

No se trata de un hecho casual.

Los cambios sociales que han determinado la crisis del contexto de referencia de las teorías formalistas son los mismos que han impuesto ese “complemento del edificio del Estado de Derecho”<sup>27</sup> que se produce con la “trans-

*analogía legis* antes que *iuris*. Similares consideraciones han sido desarrolladas por G. ALPA (“Il giudice e la responsabilità civile”, en M. BESSONE (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*. Vol. II. *Questioni di giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 251 y ss.) en relación con el reconocimiento del derecho a un medio ambiente saludable.

<sup>24</sup> Vid. A. BELVEDERE, “Analisi dei testi legislativi e art.12 delle preleggi”, en A. PALAZZO, (ed.), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 149 y ss.

<sup>25</sup> Vid. G. ALPA, “Metodi ermeneutici e diritto costituzionale”, *Quaderni regionali*, 2006, p. 325 y s.

<sup>26</sup> Vid. en este sentido P. PERLINGIERI, “Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione c.d. adeguatrice”, en P. FEMIA, (ed.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 54 y ss.: “Los artículos 12 y siguientes de la disposición preliminar del código civil no son sólo inadecuados para interpretar la normativa constitucional, sino también, e inevitablemente, cualquier normativa. La interpretación tiende cada vez menos a la reconstrucción de un propósito y cada vez más, en un proceso cognoscitivo unitario, a identificar y descubrir la normativa aplicable al caso concreto en el ordenamiento entero, estableciendo una distancia frente al positivismo legislativo y frente a la pretensión de que pueda encasillarse la variopinta realidad de los casos en concisos y prefigurados supuestos de hecho abstractos, relegando además el papel de los principios –si bien de rango ordinario en el ordenamiento– a la cenicienta de los cánones hermenéuticos. Cada vez se hace más necesaria una teoría de la interpretación que trate del sistema como ordenamiento, homogénea en las fuentes normativas e idónea para integrarlo, herramienta ejecutiva de los valores que el sistema expresa.”

<sup>27</sup> Vid. F. PIERANDREI, “Corte costituzionale”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 884 y ss.

formación del Estado de Derecho legislativo del Ochocientos en el Estado constitucional del Novecientos”<sup>28</sup>, en el cual la justicia constitucional representa un elemento esencial.

La superposición de la *legalidad constitucional* a la *legalidad legal* en el nivel de la teoría de las fuentes –con su consiguiente redefinición–, en el nivel de la dinámica de los poderes del Estado, y en el nivel de las relaciones entre los jueces y el legislador, ha producido ciertamente una devaluación de la concepción subjetiva de la intención de este último.

La jurisprudencia de los jueces constitucionales ha terminado así de proporcionar elementos que confirman muchos planteamientos doctrinales encaminados a concebir dicha intención en términos objetivos: las tesis inspiradas en la hermenéutica jurídica han podido recabar para el intérprete, desde la defensa de la supraordinación de la Constitución, la definición de un horizonte de sentido que éste puede fundir con el horizonte de sentido de la ley, mientras que las teorías de la interpretación de los valores han deducido de ello una concepción de la Constitución como catálogo de las opciones fundamentales sobre las cuales calibrar la propia acción<sup>29</sup>.

La experiencia italiana se inserta en este marco.

Si atendemos a la evolución de la acción interpretativa llevada a cabo por la Corte constitucional sobre las fuentes primarias, podemos percibir a primera vista un neto predominio de los criterios de juicio característicos de una concepción devaluativa de la intención del legislador histórico.

De hecho, de los “tres principios o cánones de juicio [que] parecen encontrarse en la base de la identificación del objeto de la revisión de constitucionalidad, así como en la base de la elección de la técnica o de las técnicas más adecuadas para la definición del caso: el principio o límite del respeto al denominado “derecho vivo”, la interpretación conforme a la Constitución, la observancia de la discrecionalidad del legislador”<sup>30</sup>, sólo en relación con los dos primeros –que en su estructura parecen operativos para una lectura netamente objetiva de la *ratio legis*–, se han elaborado auténticas “doctrinas”

<sup>28</sup> Vid. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 208 y ss.

<sup>29</sup> E. FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, cit., pp. 762 y ss.

<sup>30</sup> A. RUGGERI, “Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del «modello» e fluidità dell’esperienza”, en A. RUGGERI, G. SILVESTRI, (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 37.

reconstructivas capaces de presentarlos como metacriterios de la actividad hermenéutica<sup>31</sup>.

En lo que concierne a la interpretación conforme, es la misma estructura del criterio de juicio la que conduce a una fuerte devaluación de la voluntad política del legislador histórico<sup>32</sup>: la directriz (conocida en todos los sistemas

<sup>31</sup> Vid. M. PERINI, "L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria", en E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua "difusione"*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 49 y ss.

<sup>32</sup> Este criterio pretende que la disposición de ley sea interpretada a la luz del significado de otra fuente normativa mediante una relación unidireccional, a diferencia de lo que ocurre en la interpretación sistemática (de la que puede considerarse una especie. En este sentido R. GUASTINI, "Antinomie e sistemazione del diritto", en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 158.), que ve una influencia recíproca entre las fuentes conectadas por la atribución de significado (E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 32 y ss., vincula la interpretación sistemática con la interpretación adaptativa. El autor, sin embargo, parte de premisas distintas, puesto que se refiere a una adaptación a los valores que caracterizan una determinada sociedad y no a una adaptación entre normas. Desde esta perspectiva, la interpretación sistemática es adaptativa porque exige la "(re)integración *pro tempore* de los valores"). El sentido unidireccional de la relación entre fuentes, en el caso de la interpretación conforme a la Constitución, encuentra una justificación en la jerarquía, pero también puede ser determinado por otros criterios de preferencia, como en el caso de la interpretación conforme al derecho comunitario o al derecho internacional (vid. G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 45 y ss.; ID., "Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "cobertura" costituzionale a più facce", en *Politica del diritto*, 1997, pp. 349 y ss.; M. Luciani, "Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a", en <http://www.federalismi.it>, 8 de agosto de 2007; P. Violante, "L'interpretazione "conforme" della nozione di consumatore", en *Rassegna di diritto civile*, 2003, pp. 970 y ss.; L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 176 y ss.; M. Marchegiani, "L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino", en *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006/3, pp. 563 y ss.; M. Ruvolo, "Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive", en *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 1407 y ss.; V. Piccone, "Fundamental rights, carta dei diritti, interpretazione conforme", *DL. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2006, pp. 679 y ss.; R. Conti, "Il ruolo del giudice civile e il sistema europeo delle fonti", in *Nuove autonomie*, 2006, pp. 127 y ss.). En general, se puede decir que la noción de jerarquía que encontramos en la base del criterio de la interpretación adaptativa no se agota en el plano formal, sino que más bien asume (como veremos enseguida) una validez marcadamente axiológica. En este sentido, vid. P. Chiassoni (*Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit. p. 134 y s.) que distingue cuatro tipos diferentes de interpretación adaptativa en relación con: "1) normas axiológicamente superiores pero formalmente equivalentes, con normas que valen más (se trata, por ejemplo, de los principios) y que sin embargo están situadas, o podrían situarse, en el mismo nivel en la jerarquía de las fuentes - por ejemplo, una disposición de ley se

de justicia constitucional)<sup>33</sup> según la cual, entre varios significados semánticamente admisibles, es necesario privilegiar el que sea conforme a la Constitución, degrada la elección originaria del legislador hasta situarla en el mismo nivel que todas las demás posibles lecturas de la disposición.

El resultado es aparentemente paradójico: donde el significado originariamente deseado no coincida con el que es considerado conforme a la Constitución, la voluntad del legislador histórico queda arrinconada por un juicio que conserva la disposición producida por éste<sup>34</sup>.

También la doctrina del derecho vivo parece conducir, en su estructura (según la cual debe preferirse, entre varios significados, el que se haya im-

---

interpreta adaptándola a una norma deducible de otra disposición de ley (interpretación *adaptativa horizontal*); 2) normas *axiológica y formalmente superiores*, con normas que valen más y que están situadas, o podrían situarse, en un nivel jerárquico superior – por ejemplo, una disposición de ley se interpreta adaptándola a una norma deducible de una disposición constitucional (interpretación *adaptativa vertical ascendente*, que constituye la forma paradigmática de interpretación adaptativa); 3) normas *axiológicamente superiores pero formalmente inferiores*, con normas que (en opinión del intérprete) valen más, y sin embargo están situadas, o podrían situarse, en un nivel jerárquico inferior – por ejemplo, una disposición constitucional se interpreta adaptándola a una norma deducible de una disposición de ley; una disposición de ley se interpreta conforme a las indicaciones de una orden ministerial ejecutiva (interpretación *adaptativa vertical descendente*); 4) con un sistema de *normas axiológicamente superiores, formalmente equivalentes y/o superiores y/o inferiores* – por ejemplo, una disposición de ley se interpreta adaptándola a un conjunto de normas deducibles, respectivamente, de disposiciones constitucionales, de otras disposiciones de ley, y de disposiciones reglamentarias (interpretación *adaptativa compleja*)”.

<sup>33</sup> Esta directriz se ha impuesto incluso en contextos como el francés, que tradicionalmente atribuye gran importancia a la ley como manifestación puntual de la voluntad general. En este sentido, es bien significativa la decisión núm. 85-197 DC de 23 de agosto de 1985, en la cual el *Conseil Constitutionnel* afirma que “la ley votada [...] sólo expresa la voluntad general dentro del respeto a la Constitución”. Para una perspectiva comparada sobre la operatividad de la directiva de interpretación conforme a la Constitución, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 95 y ss.; M. ARAGÓN REYES, “L’interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunale Constitucional e la sua forza vincolante” (trad. de G. Famiglietti), *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, p. 61; M. JEOL, *Les techniques de substitution*, en *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, Aix-en-Provence, 1995, pp. 73 y ss.; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, París, 1999, pp. 464 y ss.; D. SHEFOLD, *L’interpretazione conforme alla Costituzione*, ponencia en el congreso AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma, 27-28 de octubre de 2006.

<sup>34</sup> Vid. A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., pp. 41 y ss.; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 124 y ss.

puesto en virtud de una consolidada tendencia jurisprudencial: véase más en la nota 67), hacia una devaluación de la voluntad del legislador histórico.

La perspectiva está aquí completamente invertida: la *ratio legis* no es aprehendida desde arriba, con base en una lectura orientada por una fuente jerárquicamente superior, sino más bien desde abajo, en virtud de la preferencia que se concede a una interpretación derivada de una consolidada tendencia jurisprudencial; es así cómo, en la definición del significado, el momento aplicativo parece prevalecer netamente sobre el momento productivo de la disposición de ley.

El canon del respeto a la discrecionalidad del legislador, que resalta el perfil subjetivo de su voluntad<sup>35</sup>, no ha asumido la importancia de metacriterio ordenador de los procesos de atribución de significado, pese a ser relevante desde otros puntos de vista.

Dentro de la jerarquía ideal que, en la jurisprudencia constitucional italiana, organiza las relaciones entre los diversos criterios interpretativos, éste ocupa el último lugar.

El primero es, en principio, el del respeto al derecho vivo, en cuya ausencia entra en juego la interpretación conforme. Cuando no exista derecho vivo y, entre los diversos significados posibles, ninguno resulte preferible desde el punto de vista de la conformidad con la Constitución, sólo entonces operará el criterio del respeto a la discrecionalidad del legislador.

No parece que la preponderancia de la concepción de la intención del legislador como *ratio legis* objetiva pudiera ser mayor.

Pero en el ámbito de una concepción “objetiva” de la *ratio legis*, la organización de las relaciones entre los diversos criterios interpretativos no puede ser en absoluto arbitraria: de manera que la jerarquía tendencial recién descrita tiene que disponer de un fundamento, de una justificación axiológica.

Las reflexiones que siguen a continuación, indagando en torno a dicho fundamento, intentarán mostrar que la imagen de una jurisprudencia cons-

<sup>35</sup> Vid. S. STAIANO (“Introduzione”, en M. SCUDIERO, S. STAIANO (eds.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Jovene, Napoli, 1999, XIII), quien señala la doblez del concepto de discrecionalidad del legislador, “que evoca tanto la idea de una actividad legislativa sujeta a la finalidad [...], como la tendencia a reconocer un campo de libre determinación del legislador [...]”. Parece posible afirmar que tanto una como otra concepción remiten a una visión subjetiva de la acción del legislador.



titucional caracterizada por la devaluación de la voluntad política del legislador histórico no agota la realidad de las relaciones sobre la cual se ha venido a formar dicha imagen.

Veremos, en efecto, que la valorización de la intención subjetiva del legislador constituye un presupuesto argumentativo y “sistemático” para la propia elaboración de los criterios de la interpretación conforme y del derecho vivo. Sólo que ahora desde una perspectiva distinta, dejando de mirar hacia el *legislador histórico* y atendiendo más bien al *legislador actual*, al *legislador vivo*.

### 3. EL FUNDAMENTO ARGUMENTATIVO DE LA DOCTRINA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: LA PROGRESIVA SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ORDEN NORMATIVO LEGAL Y ORDEN POLÍTICO CONSTITUCIONAL

Como es sabido, el modelo organizativo que había ideado el constituyente para las relaciones entre el Parlamento, la Corte constitucional y los jueces<sup>36</sup>, no dejaba espacio para recurrir al criterio de la interpretación conforme: al legislador<sup>37</sup> le correspondía la ejecución de las disposiciones constitucionales a las que se reconocía un valor meramente programático, a los jueces su habitual tarea de aplicar la legislación y a la Corte la función de controlar la constitucionalidad sobre la base de la rígida distinción entre sentencias estimatorias y desestimatorias<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Vid. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Vol. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 180 y ss.; G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, pp. 141 y ss., *passim*; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 33 y ss.

<sup>37</sup> Vid. G. ZAGREBELSKY, “La Corte costituzionale e il legislatore”, en P. BARILE, E. CHELLI, S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 31, que señala cómo la legislación era “persistentemente definida como doctrina ‘primaria’ (por su rango) y ‘ordinaria’ (por su empleo continuo)”.

<sup>38</sup> Vid. G. AZZARITI, “La nuova Costituzione e le leggi anteriori”, en *Foro italiano*, 1948, vol. IV, pp. 82 y ss.; P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950, pp. 29 y ss.: “La doctrina ya distingue, entre las disposiciones sustanciales de la Constitución, grupos de normas de diverso valor jurídico: a las normas *preceptivas* se contraponen las *directivas* (o programáticas o tendenciales), que se limitan a dar instrucciones

Igualmente conocidas son las razones<sup>39</sup> que llevaron a la Corte, ya desde sus inicios, a romper este esquema y emprender un recorrido de potencia-

y a trazar programas políticos para el legislador venidero; y también entre las del primer grupo, que tienen valor propiamente jurídico, se distinguen las de *aplicación directa e inmediata*, de las de *aplicación directa pero no inmediata*, para cuya puesta en marcha la Constitución establece la obligación del legislador ordinario de proporcionar inmediatamente, o dentro de un cierto plazo, una ley de desarrollo. Ahora bien, no sólo en lo que respecta a las normas puramente *directivas*, sino también en lo que atañe a las *preceptivas que no sean de aplicación inmediata*, no parece que la revisión de legitimidad constitucional pueda ser un remedio adecuado contra la inercia del legislador ordinario. Si el legislador, no obstante los propósitos expresados en la Constitución, se abstiene de deliberar sobre las reformas prometidas y deja que los así llamados “derechos sociales” de los ciudadanos continúen siendo una invocación desatendida, ninguna revisión de legitimidad constitucional logrará vencer esta inercia legislativa, porque la posibilidad de realizar las reformas dependerá de valoraciones de cariz exclusivamente político que se escapan necesariamente de las posibilidades de una revisión, creada sólo para garantizar la legitimidad de las leyes que ya existen, no de las que deberían existir”; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 43 y ss.: “La constitución vigente [...] es ‘rígida’. Ahora bien, ésta contiene disposiciones con eficacia preceptiva directa e inmediata para todos los sujetos de derecho y disposiciones programáticas para la labor legislativa venidera. ¿Todas estas disposiciones, incluidas estas últimas, son indistinta e igualmente rígidas e inflexibles? A mí ni siquiera me parece concebible. Cuando menos, será necesario distinguir. Se encuentran por aquí y por allá, en efecto, proclamaciones de principio que yo diría de carácter apostólico, que representan poco menos que actos de fe y de esperanza en el porvenir de nuestro ordenamiento, sin duda inspiradas en los más nobles ideales, pero esencialmente antihistóricas desde el punto de vista estrictamente (o estrechamente) positivo. Pues ese porvenir dependerá, en efecto, del impredecible devenir de las situaciones sociales, sean éstas de carácter económico o espiritual, y de las fuerzas de carácter prejurídico [...]. Y no cabe pensar que éstas puedan domeñarse, determinarse, dirigirse o contenerse mediante las disposiciones hoy escritas sobre la carta. De todos modos, el deber de proporcionar estos desarrollos en el incierto y remoto futuro es esencialmente político, y no puede encomendarse ni a los órganos legislativos en el ejercicio de su poder discrecional, ni a los quince jueces de la Corte, cuya función es esencialmente censoria y, en mi opinión, de derecho positivo vigente”. Sobre el tema, vid. F. MODUGNO, “La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1646 y ss.

<sup>39</sup> Se trata de razones teórico-generales y de razones práctico-institucionales.

Las primeras atañen a la teoría general de la interpretación jurídica y fueron ilustradas desde muy temprano por T. ASCARELLI (“Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 356 y ss.), quien, subrayando la ingenuidad subyacente a la configuración del juicio de legitimidad constitucional como una rígida alternativa entre estimación o desestimación, señalaba que las sentencias interpretativas de la Corte no indican “una posibilidad excepcional en contraste con una normalidad después representada por la interpretabilidad en vía unívoca de un texto; indican, al contrario, de manera microscópica, el natural y perpetuo contraste entre una (errónea) premisa de univocidad (del texto) y el constante momento de “elección” que se da en toda interpretación ante la necesaria equivocidad de cualquier texto”. En este sentido, parece significativo que también el juez

ción de los propios instrumentos decisorios, que encuentra uno de sus momentos más significativos en la elaboración de las sentencias interpretativas desestimatorias (sentencias con las que el juez constitucional salva la disposición de ley, proponiendo una interpretación conforme a la Constitución diferente de la de los jueces ordinarios).

Se pueden distinguir dos fases<sup>40</sup> en este recorrido jurisprudencial, caracterizadas por el distinto régimen de cooperación con los jueces ordinarios<sup>41</sup>.

En un primer momento, afirmando el carácter inmediatamente preceptivo de las normas constitucionales, la Corte afrontó la inercia del legislador con respecto a la labor de reforma de la legislación vigente<sup>42</sup> –todavía impregnada del autoritarismo liberal y fascista<sup>43</sup>–, sin poder contar para ello

---

constitucional francés, solamente habilitado para el control *a priori*, y por tanto menos capaz en principio de captar el descarte entre disposición y norma, se haya dotado de un instrumento análogo a las sentencias interpretativas de la Corte constitucional italiana. Sobre el tema vid. TH. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interprétatives' en France et en Italie*, Economica, Paris, 1997, *passim*.

Las razones de carácter institucional han sido recogidas, sin embargo, por G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 333 y ss.; F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, pp. 67 y ss.

<sup>40</sup> G. CAMPANELLI (*Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 201 y ss.) sugiere una periodización en tres fases: una primera de interlocución respecto a la definición del ámbito de los poderes interpretativos de las dos Cortes; una segunda, a partir de la sentencia n. 11 de 1965 de la Corte constitucional, es decir, el período de la así llamada guerra de las Cortes; y una tercera, desde finales de los setenta hasta el inicio de los 80, esto es, el periodo de estabilización de las relaciones.

<sup>41</sup> Sobre la problemática de una periodización de la actividad de la Corte, vid. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 34 y ss.

<sup>42</sup> Vid. A. RUGGERI, “Corte e organi di indirizzo politico”, en *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, en *Foro italiano*, 2006, vol. V, núm. 1, p. 315.

<sup>43</sup> Vid. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 8 y ss.: “se ha producido una importante crisis en nuestro derecho positivo, por el profundo contraste –de espíritu, de principios, de orientación– que opone y contrapone a la nueva Constitución con el ordenamiento inmediatamente precedente (el ordenamiento del Estado monárquico-fascista); por la diversidad, en fin, que también a veces deviene contraste –y también aquí de espíritu, de principios, de orientación– entre esta nueva Constitución y el propio ordenamiento monárquico-liberal prefascista. El fenómeno era, dentro de ciertos límites, inevitable; puesto que, aunque a la entrada en vigor de la Constitución hubiese seguido una intensa labor legislativa dedicada a adaptar los diversos institutos jurídicos al nuevo sistema, la crisis habría hecho sentir sus efectos durante un periodo de tiempo más o menos largo [...]”.

con la colaboración de los jueces ordinarios<sup>44</sup>. “Sobre todo los jueces superiores y en particular la Casación [...] opusieron en ocasiones una decidida resistencia frente a las interpretaciones correctoras o adaptativas. Éstos siguieron interpretando las leyes –cosa que, por lo demás, estaba entre sus facultades– de acuerdo con significados que habían sido implícitamente considerados inconstitucionales o, en todo caso, preteridos por la Corte, quizá no tanto para rechazar que ésta última pudiera “salir” del ámbito del orden constitucional, como para reivindicar la propia libertad interpretativa de las leyes ordinarias a la luz de la Constitución. En realidad, los conflictos entre ambas Cortes reproducían y reproponían de lleno la antigua separación entre orden constitucional y orden legal, que se había mantenido oculta y que estaba en la base de la lógica del mismo constituyente”<sup>45</sup>.

No parece exento de significado el hecho de que en esta fase, caracterizada precisamente por la afirmación de la concepción de una separación en-

---

Semejante tarea reformadora, por otra parte, no ha existido, y así puede en general decirse que ni siquiera ha sido iniciada [...]. De ello se derivan, a cada paso, conflictos de normas, anteriores y sucesivas o de diferente nivel: conflictos que no siempre son fáciles de eliminar mediante una aplicación mecánica del principio de la abrogación tácita de las normas anteriores por las posteriores incompatibles, o del principio de la eficacia formal prevaleciente de las normas constitucionales en virtud de su fuente; y que sin embargo deben ser eliminados, en espera de intervenciones legislativas orgánicas, para reducir a la unidad el sistema del derecho vigente, suprimiendo *enseguida* las contradicciones internas. Lo que no ha hecho el legislador, por lo tanto, le correspondía y le corresponde hacerlo al intérprete: el juez, el administrador o el órgano político de que se trate en los distintos casos.”

<sup>44</sup> Vid. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordenamiento giudiziario*, 2000, en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>45</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., pp. 37 y ss. Sobre la falta de colaboración por parte de la Corte de casación vid. E. T. LIEBMAN, “Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale”, *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 568 y ss., en particular 573 y ss.; V. CRISAFULLI, “Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive”, *ibidem*, pp. 228 y ss.; ID., “Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 8 y ss.; M. CAPPELLETTI, “Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, pp. 583 y ss.; A. D'ATENA, “La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, pp. 563 y ss.; F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare*, cit., p. 1649; ID., “La Corte costituzionale italiana oggi”, en G. LOMBARDI, (ed.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 24 y ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 8 y ss.

tre el orden legal y el orden constitucional, la aparición de las primeras sentencias interpretativas desestimatorias<sup>46</sup> no fuera saludada como una invasión de los espacios asignados a la discrecionalidad política del legislador, sino más bien justificada a través de un argumento de signo opuesto: en la conservación textual de la disposición se reconocía el respeto hacia la voluntad política del legislador histórico<sup>47</sup>, de la que se presuponía, por cohe-

<sup>46</sup> N. 8, 13 de 1956; n.1, 120 y 121 de 1957; n. 74 de 1958; n. 51, 58 de 1960.

<sup>47</sup> Inicialmente, la propia Corte no se “resignó” a ejercer una suplencia del legislador. La utilización de sentencias interpretativas desestimatorias solía venir acompañada, de hecho, de apelaciones a la necesidad de una intervención legislativa; o bien, cuando esto no parecía factible, de consideraciones hacia el mérito de las decisiones asumidas en sede política.

En el primer sentido, véase la sentencia n. 8 de 1956: “no se puede negar que la fórmula del artículo 2 de la ley de seguridad pública, en toda su amplitud, podría dar pábulo a aplicaciones arbitrarias si se asentaran interpretaciones distintas a la declarada por la Corte. Pero, en tal caso, la presente decisión no impediría la revisión de la cuestión de legitimidad constitucional de la norma contenida en el citado artículo. Es ciertamente probable que, en los trabajos de revisión que están en curso en los órganos legislativos, el texto del artículo 2 encuentre una formulación que, en la mayor medida posible, lo sitúe al resguardo de toda interpretación contraria al espíritu de la Constitución”.

En el segundo sentido, véase la sentencia n. 1 de 1957 donde la Corte, en relación con el artículo 4 de la ley de 20 de junio de 1952, n. 645, al precisar el contenido de la apología del fascismo como instigación indirecta, sostiene lo siguiente: “la evidencia de que la apología del fascismo consiste, en realidad, en una instigación indirecta, se deriva del artículo 414 del código penal (*que no se encuentra modificado en el proyecto preliminar para la reforma del susodicho código redactado por la última comisión ministerial* [la cursiva es mía]), artículo que –bajo la rúbrica “instigación al delito”– precisamente contempla en su último inciso la apología de uno o más delitos. Justo por eso la doctrina ha considerado que el delito de apología constituye una forma de instigación indirecta”. O todavía más significativamente la sentencia n. 121 de 1957 (9º considerando jurídico) relativa al artículo 68 TULPS: “No es baladí la circunstancia de que en los trabajos de revisión y reforma de la ley de seguridad pública que desde hace mucho tiempo, después de la Constitución, están en curso en el Parlamento, el artículo 68 no aparezca retocado, o que solamente se propongan modificaciones instrumentales, sustituyendo –por ejemplo– el Prefecto al Cuestor, asistido de una comisión apropiada. La primera Comisión Interna del Senado (6 de junio de 1956) deliberó expresamente que se conservara el texto en vigor del artículo 68. De la reforma de la ley de seguridad pública no debe ocuparse la Corte; su misión es resolver la cuestión que le fue propuesta en relación con la norma contenida en el artículo 68, norma que la Corte, por las razones expuestas más arriba, juzga no viciada de ilegitimidad constitucional”. En el mismo sentido la sentencia n. 58 de 1960, relativa a la legitimidad constitucional de la apelación a la responsabilidad asumida frente a Dios, que se contenía en la fórmula de juramento impuesta por el entonces vigente código de procedimiento penal: “de los precedentes históricos aquí recordados cabe deducir que, en el sistema adoptado por el legislador italiano, el juramento no tiene ese carácter prevaleciente de

rencia del sistema<sup>48</sup>, que debía orientarse en el sentido de la legitimidad constitucional<sup>49</sup>. Se trata de una variante del argumento *ad absurdum*<sup>50</sup>: puesto que es absurdo creer que el Parlamento, y más en general el legislador,

---

religiosidad que se le pretendería atribuir. Por consiguiente, si la disposición del artículo 449 del código de procedimiento penal ahora impugnado se considera, como debe hacerse, en relación con el sistema susodicho, no se puede desconocer fundadamente que dicha disposición no incide sobre la libertad de pensamiento, ni tampoco sobre la libertad de conciencia, pues la admonición de la responsabilidad frente a Dios no puede entenderse, repetimos, sino en el sentido de que ésta empeña sólo a la conciencia del creyente, no a la del ateo. Por tanto, la disposición del artículo 449 del código de procedimiento penal no se halla en contradicción con la norma del artículo 21, primer inciso, de la Constitución. En cualquier caso corresponde al legislador ordinario examinar si y cómo la fórmula del juramento puede ser modificada”.

<sup>48</sup> Vid. F. BONIFACIO, “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, en G. MARANINI (ed.), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 54.

<sup>49</sup> Véase la sentencia núm. 74 de 1958, relativa a la conducta calificable como reconstitución del disuelto partido fascista, en virtud del artículo 5 de la ley de 20 de junio de 1952, n. 645: “Quien examine el texto del artículo 5 de la ley, aislado del resto de disposiciones, y se limite a dar de él una interpretación literal, puede verse inducido, como les ha sucedido a las autoridades judiciales que han propuesto la cuestión de legitimidad constitucional, a suponer que la norma denunciada prevé como acto punible cualquier palabra o gesto, incluido el más inocuo, que recuerde de alguna manera al régimen fascista y a los hombres que formaron parte del mismo, y que exprese simplemente el pensamiento o el sentimiento, eventualmente ocasional o transitorio, de un individuo que lleve una camisa negra o entone un canto o lance un grito. Pero semejante interpretación de la norma no puede considerarse conforme a la intención del legislador que, declarando expresamente su voluntad de impedir la reorganización del disuelto partido fascista, no ha pretendido prohibir y castigar cualquier manifestación del pensamiento, tutelada por el artículo 21 de la Constitución, sino aquellas manifestaciones usuales del disuelto partido que, como se ha dicho antes, puedan provocar el peligro que se ha querido evitar. La denominación de “manifestaciones fascistas” adoptada por la ley de 1952 y el uso del adverbio “públicamente” hacen entender con claridad que, si bien el hecho puede ser cometido por una sola persona, éste debe darse en un momento y un ambiente en que se cumplan circunstancias que lo hagan idóneo para provocar adhesiones y consensos, y para concurrir a la difusión de concepciones favorables a la reconstitución de organizaciones fascistas. La *ratio* de la norma no es concebible de otra forma en el sistema de una ley declaradamente dirigida a ejecutar la disposición XII de la Constitución. El legislador ha comprendido que la reorganización del partido fascista también puede ser estimulada por manifestaciones públicas capaces de impresionar a las multitudes; y ha querido atacar sobre la misma manifestación, precisamente en cuanto que idónea para constituir el peligro de dicha reconstitución”.

<sup>50</sup> Vid. G. SORRENTI (*L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 122 y ss.), que subraya cómo este modo de argumentar sobrevive todavía en nuestros días entre los jueces ordinarios, debido a una actitud formalista difusa.



pretenda violar la Constitución deliberadamente, una interpretación de la ley que recabe un significado conforme con la Carta fundamental también podrá calificarse conforme con la voluntad del propio legislador<sup>51</sup>.

El argumento de la superioridad axiológica de la Constitución, construido sobre la premisa de una posible contradicción entre normas (norma legislativa, pero también norma constitucional en sentido estricto) representaba, sin embargo, el fundamento para recurrir al criterio de la interpretación adaptativa, sobre todo en relación con los actos legislativos prerrepúblicanos.

Respecto a éstos últimos, la Corte afirmaba que “la legitimidad de una norma no se valora de la misma manera que el fin por el cual fue establecida, no debiéndose excluir que, al sobrevivir en un régimen constitucional fundado sobre la libertad, aquélla adquiriera un significado objetivo distinto del originario y conforme con los principios democráticos”<sup>52</sup>. En este caso, ciertamente no podía relevarse a la voluntad política que históricamente había elaborado la disposición, sino más bien a la capacidad estructural de esta última para insertarse en el nuevo contexto de los valores constitucionales, y por lo tanto para expresar una norma compatible con los mismos<sup>53</sup>.

La segunda fase se apunta tímidamente en la segunda mitad de los años sesenta y termina de consolidarse en el curso de los años noventa del pasado siglo<sup>54</sup>.

Ésta se caracteriza por la afirmación de la naturaleza inmediatamente preceptiva de la Constitución –reivindicada por las reflexiones de la doctri-

<sup>51</sup> Vid. F. PIERANDREI, “La Corte costituzionale e l’attività ‘maieutica’ (1961), en ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1964, pp. 262 y ss. Por la misma razón el autor manifestaba (265 y ss.) su propia “antipatía” hacia las sentencias interpretativas estimatorias que, superando negativamente la presunción de legitimidad de la intención del legislador con una declaración de inconstitucionalidad –por lo demás particular–, seguían manteniendo en vigor, pese a todo, la disposición de ley. Sobre el tema vid. también P. G. JAEGER, “La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua esistenza”, en *Jus*, 1958, p. 546; G. GROTANELLI DE SANTI, “Considerazioni sull’attività interpretativa della Corte costituzionale”, en *Archivio Giuridico*, 1962. Para una posición duramente crítica con el argumento de la presunción de constitucionalidad de las leyes vid. S. TOSI, *Il governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 47 y ss.; L. STURLESE, “Limiti di opportunità all’attività interpretativa della Corte costituzionale”, en G. MARANINI (ed.), *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 224 y ss.

<sup>52</sup> Sentencia núm. 7 de 1966, pero véanse también la núm. 5 de 1962 y la núm. 87 de 1966.

<sup>53</sup> Vid. la sentencia núm. 114 de 1967.

<sup>54</sup> Vid. M. PERINI, *L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione*, cit., pp. 64 y ss.

na- y por una mayor cooperación entre la Corte constitucional y los jueces ordinarios, que vino determinada por la “política judicial” de la misma Corte y, en significativa medida, por los cambios sociales que también condujeron a las magistraturas ordinaria y especial a una apertura al pluralismo (si bien con tiempos y modalidades diferentes).

La superación del dualismo entre orden constitucional y orden legal<sup>55</sup> induce a refutar la presunción de que sólo cabe requerir al juez constitucional para la función de interpretar y aplicar la Constitución, considerándose más bien que “cualquier intérprete, es decir, cualquiera que esté lógicamente necesitado de interpretar el derecho, para los fines más variados y en el ejercicio de las más diversas competencias, debe incluir la Constitución en el conjunto del material normativo necesario para desempeñar su tarea y perseguir su finalidad”<sup>56</sup>.

Ello comporta una tendencial redimensión del papel del legislador y un debilitamiento de su supremacía sobre las magistraturas<sup>57</sup>: éstas, en virtud del inmediato carácter preceptivo de la Constitución, ya no se encuentran sólo directamente sometidas a la ley<sup>58</sup>. Para dar vida en lo con-

<sup>55</sup> Vid. A. PACE, “I limiti dell’interpretazione adeguatrice”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pp. 1066 y ss.

<sup>56</sup> M. PERINI, *L’interpretazione della legge alla luce de la Costituzione*, cit., p. 66.

<sup>57</sup> La división en dos fases que nos hemos propuesto seguir es forzosamente esquemática. Al igual que todos los esquemas, éste implica el riesgo de una excesiva simplificación. La afirmación del progresivo debilitamiento del peso del legislador debe precisarse y, en alguna medida, redimensionarse “históricamente”. La fase de mayor cooperación entre la Corte y los jueces ordinarios coincide con el inicio del período de deshielo constitucional también a nivel legislativo, “cuando en un determinado momento –el viraje puede situarse *grosso modo* en torno a la mitad de los años setenta, si bien quizá existan ejemplos precedentes– se le comienza a reclamar a la Corte el enfrentamiento con la orientación política de las mayorías contemporáneas de gobierno, y por tanto con una orientación política que expresaba valores y formalizaba opciones propias de dicha mayoría. Es evidente que la Corte tuvo dificultad, en este punto, para contraponer a éstas los propios valores, los valores que ella creía poder distinguir en el diseño constitucional. ¿Debía la Corte, por lo tanto, deslizarse hacia una función diferente, hacia la función de garante de la funcionalidad y de la apertura del sistema, o debía permanecer al mismo tiempo como el sujeto al cual se solicitaba la identificación de los contenidos, los valores fundamentales de ese sistema (en otras palabras, los caracteres que distinguían al pacto constituyente)? La Corte, ante este reto, naturalmente ha vacilado, se ha vuelto de repente más cauta, se ha hecho menos arrogante. Pero, pese a todo, no ha dejado de identificar valores” (M. LUCIANI, “La Corte costituzionale nella forma di governo italiana”, en *La Costituzione italiana quarant’anni dopo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 73 y ss.).

<sup>58</sup> Vid. G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 148 y ss.

creto a los principios constitucionales, pueden conseguir “plegar el significado de la ley ordinaria”<sup>59</sup> mediante el instrumento de la interpretación conforme.

En lo que se refiere a la justificación del recurso a la interpretación conforme, esta evolución acarrea la consecuencia retórica de una devaluación del argumento del respeto a la voluntad del legislador histórico, en beneficio de la superioridad de la Constitución.

Y ello se refleja, por un lado, desde la perspectiva de la teoría “formal” de las fuentes<sup>60</sup>, como lectura en clave “económica” (de conservación de los actos legislativos)<sup>61</sup> del criterio jerárquico<sup>62</sup>: “el principio de superioridad de la Constitución obliga a los jueces a elegir, cuando varias soluciones son posibles en abstracto, aquella que pone la ley al resguardo de vicios de legitimidad constitucional”<sup>63</sup>, de manera que, “de partida, las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas cuando exista la posibilidad de darles interpretaciones constitucionales (y cualquier juez considera hacerlo), sino cuando sea imposible darles interpretaciones constitucionales”<sup>64</sup>; y, por otro lado, desde la perspectiva axiológica que identifica en la Constitución la tabla de los valores que deben orientar la acción del intérprete, no sólo en sus consideraciones relativas a la validez formal de las leyes, sino también en la

<sup>59</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., p. 37.

<sup>60</sup> Vid. V. ITALIA, *L'interpretazione sistematica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 10.

<sup>61</sup> Vid. G. SILVESTRI (“Le sentenze normative della Corte costituzionale”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 1687), que critica el fundamento teórico y práctico de este modo de proceder: “no tiene fundamento teórico porque el invocado principio de la conservación de las leyes, extraído del más vetusto de conservación de los actos y de los negocios (art. 1367 C.C.), no parece estar contenido en ninguna disposición constitucional y, sobre todo, no puede ser cabalmente reclamado en presencia de una disposición contraria a la Constitución. No tiene fundamento práctico porque, lejos de evitar el peor de los males, lo provoca, ya que la disposición sujeta a la revisión de legitimidad es, al menos desde una cierta perspectiva interpretativa, inconstitucional, de manera que la intervención de la Corte se traduce en una exoneración (a menudo inesperada, tal vez solicitada) del deber de las asambleas legislativas de proveer con la mayor prontitud y de modo conforme con la Constitución”.

<sup>62</sup> Vid. R. ROMBOLI, “In tema di interpretazione adeguatrice”, *Foro italiano*, 2001, pp. 47 y ss.; ID., “Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?”, *ibidem*, 2006, pp. 3323 y ss.

<sup>63</sup> Sentencia núm. 138 de 1998, 4º considerando jurídico.

<sup>64</sup> Vid. sentencias núm. 356 de 1996; núm. 301 de 2003; ordenanza núm. 85 de 2007.

operación preliminar de atribución de significado<sup>65</sup>: “los preceptos constitucionales, en efecto, no sólo se colocan como parámetros de legitimidad con respecto a la ley ordinaria, sino, antes que eso, como puntos de referencia esenciales para la interpretación conforme a Constitución de la materia que se somete al examen de constitucionalidad”<sup>66</sup>.

En líneas generales, sin embargo, las apelaciones a la supralegalidad constitucional son predominantemente genéricas o ambiguas (la Corte alterna con frecuencia las referencias a los valores o a los principios constitucionales).

Una mirada de conjunto desemboca así en una primera conclusión: el progresivo reconocimiento de la concepción unitaria del ordenamiento jurídico impone el canon de la interpretación conforme, fundamentándolo sobre una hermenéutica constitucional objetiva que margina el valor de la intención del legislador histórico.

---

<sup>65</sup> Se trata de un planteamiento que encuentra el apoyo de una autorizada doctrina constitucionalista. En este sentido vid. M. DOGLIANI, *Interpretazione della costituzione*, Angeli, Milano, 1982, p. 67; ID., “Il ‘posto’ del diritto costituzionale”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 537 y ss.; ID., “Diritto costituzionale e scrittura”, en *Ars interpretandi*, 1997, p. 112. Este planteamiento no resulta del todo convincente en el campo de la teoría de la interpretación, puesto que no considera ninguna otra forma de interpretación adaptativa que no sea la *vertical ascendente* (véase la nota 28). Como ya ha sido observado (R. BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 134), “hay en ello algo de paradójico: porque, si ‘tratar’ los derechos constitucionales con el procedimiento de la interpretación persigue el objetivo de incrementar su efectividad, y si la efectividad también puede medirse según la incidencia que la Constitución tenga respecto a la legislación ordinaria (señaladamente la de la época anterior) el resultado alcanzado ha sido a menudo el opuesto al deseado. Al ser la interpretación un procedimiento de atribución de significado, se ha creado un típico ejemplo de proceso osmótico, por el cual los ‘significados’ se han transferido desde donde estaban más densamente organizados, el sistema jurídico subconstitucional, hasta el nuevo objeto de interpretación, la Constitución”. En el mismo sentido M. TROPER, “Il problema dell’interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale”, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *L’analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, II, 1989, pp. 215 y ss. Se trata de una experiencia común en los diversos sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 499 y ss., donde se señala cómo la interpretación de la Constitución española se ha desarrollado a la luz de las interpretaciones consolidadas por la ley ordinaria.

<sup>66</sup> Sentencia núm. 440 de 2000, 4º considerando jurídico.

#### 4. LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVO EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME: LA RECUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ORDEN LEGAL Y ORDEN CONSTITUCIONAL. SU FUNDAMENTO ARGUMENTATIVO

La elaboración de la doctrina del derecho vivo constituye la otra vertiente de la dinámica de las relaciones entre la Corte constitucional y los jueces ordinarios que acaba de ser ilustrada.

A la dificultad inicial en la colaboración le correspondió la reivindicación de una plena libertad interpretativa por parte de la Corte, también con respecto a la ley ordinaria: la jurisprudencia de los jueces ordinarios constituía para la jurisprudencia constitucional un elemento digno de interés, pero no ciertamente un límite<sup>67</sup>.

En la fase subsiguiente, al diálogo con los jueces de instancia y a la paulatina superación de las asperezas con los jueces de casación, correspondió el inicio de una política de *self-restraint*, que llevó a la Corte constitucional a reconocer en la jurisprudencia de estos últimos<sup>68</sup> un vínculo a la propia libertad hermenéutica, el vínculo del derecho vivo.

<sup>67</sup> Vid. las sentencias núm. 3 de 1956 y la sentencia núm. 11 de 1965. Sobre el tema vid. A. ANZON, "La Corte costituzionale e il 'diritto vivente'", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 307; G. ZAGREBELSKY, "La dottrina del diritto vivente", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 1148.

<sup>68</sup> Respecto a las "matrices" del derecho vivo, la doctrina registra dos diferentes planteamientos: para el primero se puede hablar de una tendencia capaz de producir derecho vivo, después de una serie de decisiones conformes y prescindiendo del estatus de la autoridad que las haya pronunciado: es decir, no se atribuye particular importancia "al grado jurisprudencial del intérprete, importando más bien el grado de adhesión a una cierta opción hermenéutica" (A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 275). El segundo, al contrario, atribuye un valor central a la jurisprudencia de las magistraturas supremas, considerando que sólo después de que éstas hayan demostrado sus posiciones estables, aunque interaccionando con los jueces de nivel inferior, se puede distinguir una regla de derecho vivo (G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 286 y ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 120; M. COMBA, "La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione", en *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, pp. 393 y ss.; E. LAMARQUE, "Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)", en *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 685 y ss.). El segundo planteamiento parece preferible, no sólo en cuanto que es más concordante con la actitud de la Corte constitucional, sino también en virtud de la denominada "lógica de las impugnaciones". Desde el

Sin embargo, si la relación<sup>69</sup> entre los dos criterios de juicio, el de la interpretación conforme a Constitución y el del reconocimiento de la norma de derecho vivo, se leyese como una mera organización de las atribuciones entre los jueces ordinarios y los constitucionales, sería muy arduo proporcionar una justificación coherente: al fundamento axiológico (tanto en términos absolutos, como en el sentido de un mero valor de respeto a la jerarquía formal) de la interpretación conforme a Constitución, se le contrapondría una constatación de hecho basada en la formación de una consolidada tendencia jurisprudencial<sup>70</sup>.

El resultado sería paradójico.

momento en que todo proceso puede articularse en varios niveles, es legítimo atenerse a que los jueces de nivel inferior presten atención a las orientaciones de los superiores, para evitar pronunciar sentencias que estos últimos terminarán por enmendar: para que pueda hablarse de derecho vivo es necesario, así pues, que se hayan pronunciado las supremas magistraturas, desde el momento en que la adaptación a sus posiciones puede constituir un momento determinante para la formación de una tendencia homogénea. Para una reflexión acerca del concepto de uniformidad jurisprudencial en relación con la función nomofiláctica, vid. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 160 y ss. Para una reconstrucción del debate sobre las matrices del derecho vivo, permítaseme reenviar a M. CAVINO, "Diritto vissuto, vivente e vigente. La posizione della Corte costituzionale", *Giurisprudenza italiana*, 2000, pp. 1337 y ss.; ID., "Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente", en *Diritto e società*, 2001, pp. 159 y ss.

<sup>69</sup> Naturalmente, la relación entre interpretación adaptativa e interpretación viva puede ser, en concreto, de identidad. Es decir, que cuando hablamos de relación entre dos criterios interpretativos no negamos que pueda suceder (y reconocemos que eso es lo que debería ocurrir) que la norma de derecho vivo haya sido producida por la constante aplicación del criterio de la interpretación conforme (G. AMOROSO, "Le pronunce di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale. Gli sviluppi nella più recente giurisprudenza", en M. BESSONE (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. II. Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile e processuale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 13 y s.); de manera que no afirmamos la relación en términos necesariamente adversativos. Simplemente reflexionamos sobre el fundamento de los dos criterios, lo que a buen seguro representa un elemento de distinción.

<sup>70</sup> Con esto no se quiere negar que la formación del derecho vivo constituya un dato de hecho (como señala P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. Cattivo uso del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 238 y ss., al recabar elementos para una analogía "entre las estrategias decisorias y las posiciones tomadas por la Corte en los conflictos y en los juicios incidentales"; y como retoma J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le 'fait' en Italie et en France*, Economica, Paris, 2001, pp. 47 y ss., al comparar tal posición con la que ocupa el *ordre social* en la jurisprudencia constitucional francesa), sino más bien que dicho dato de hecho debe encontrar su propio fundamento axiológico para poder competir con el valor de la supremacía constitucional.



Consideremos desde semejante perspectiva la estructura argumentativa de una sentencia interpretativa desestimatoria, o de una disposición de inadmisibilidad por interpretación conforme omisa: la cuestión planteada por el juez *a quo* se declara infundada, o bien no se admite porque éste ha faltado a su deber –asentado en la supremacía de la Constitución– de proporcionar, una vez comprobada su existencia, una interpretación conforme con ella.

Sin embargo, esta falta no se le puede reprochar en el caso de que se haya constituido derecho vivo, es decir, en el caso de que otros jueces hayan aportado, con continuidad y en una pluralidad de ocasiones, una interpretación diferente de la constitucionalmente conforme.

Ahora bien, puesto que el significado conforme podía haber sido ciertamente recabado por los jueces que con sus pronunciamientos han ido decantando el derecho vivo, se debe concluir que también ellos han faltado al propio deber en diversas ocasiones.

Las consecuencias destructivas de semejante conclusión respecto al alcance axiológico del principio de interpretación conforme a la Constitución son evidentes. Pues éste debería reformularse en los siguientes términos: el juez tiene el deber de aplicar la ley de acuerdo con un significado constitucionalmente conforme, a menos que un cierto número de otros jueces haya violado a su vez el mismo deber.

No obstante, la elaboración de la doctrina del derecho vivo junto con la de la interpretación conforme (y como límite a ésta) no ha “servido”<sup>71</sup> sólo para definir tales dinámicas.

Como se ha observado recientemente<sup>72</sup>, esta doctrina ha permitido recuperar la distinción entre orden constitucional y orden legal.

La actividad inicial de la Corte constitucional había reconducido a la unidad al ordenamiento jurídico, negando que dicha distinción pudiera fundarse sobre la base de una diferente naturaleza de las normas constitucionales y de las legales: al afirmar el carácter inmediatamente preceptivo de las primeras, ésta ha sostenido la existencia de una plena *legalidad constitucional* junto a la *legalidad legal*<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Vid. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., pp. 1156 y ss.

<sup>72</sup> Vid. M LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, cit., p. 7.

<sup>73</sup> La distinción entre legalidad legal y legalidad constitucional se debe a M. LUCIANI, “Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento”, en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 501 y ss.

Como consecuencia de esta operación, podría haberse producido la absorción de la legalidad legal en la legalidad constitucional –en virtud de la supremacía de la Constitución– o bien, como reacción del custodio de la primera (la Corte de casación), una irreparable escisión entre las dos.

Esto no ha sucedido, sino de forma transitoria, gracias precisamente a “la puesta en marcha de complejos y refinados instrumentos de coordinación entre las dos esferas de la legalidad. Los dos más importantes son, sin duda, la paulatina vinculación de la Corte constitucional al ‘derecho vivo’ [...] y, respectivamente, la obligación para los jueces ordinarios (además de para la propia Corte) de interpretar la ley con arreglo a la Constitución. Ambos mecanismos sirven para reducir el riesgo de escisión entre la esfera de la legalidad legal y de la legalidad constitucional, ya reclamando que la primera sea tenida en cuenta por la segunda (y esto es lo que hace la doctrina del derecho vivo), ya reivindicando que la segunda sea tenida en cuenta por la primera (y esto es lo que hace el principio de la interpretación conforme a Constitución)”<sup>74</sup>.

Por consiguiente, es en la recuperación del “puesto” de la legalidad legal donde reside el fundamento sistemático de la doctrina del derecho vivo, así como la justificación de aquella negación de valor a la jerarquía formal que conduce, en la interpretación de la ley, a la supremacía axiológica del principio de preferencia del significado vivo respecto del conforme a Constitución. Si la jerarquía formal pudiese incidir sobre la atribución de significado de la ley, no tendría ningún sentido admitir la existencia de una esfera de legalidad legal por debajo de la constitucional<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> De nuevo M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, cit., p. 7.

Sobre las relaciones entre interpretación conforme a Constitución y derecho vivo, “como instrumentos de ‘difusión’ y, al mismo tiempo (y quizás en mayor medida aún), de ‘concentración’”, vid. A. RUGGERI (*La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero sia tra esibizione della ‘diffusione’ e vocazione all’accentramento*”, *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, pp. 73 y ss.), que evidencia la centralidad en todo caso asumida por la actividad interpretativa de la Corte constitucional.

<sup>75</sup> Vid. G. SORRENTI (*L’interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 244 y ss.), donde se subraya que el derecho vivo constituye un vínculo cada vez menor en el estado actual, dada la utilización del canon de la interpretación adaptativa por parte de la Corte constitucional. Sin embargo, como la misma autora no deja de subrayar (p. 247), esto depende sustancialmente de la absoluta libertad, “en ocasiones verdadero y propio arbitrio”, de la que goza el juez constitucional en el reconocimiento de la existencia de derecho vivo.

## 5. EL PUESTO DEL LEGISLADOR EN LA ESFERA DE LA LEGALIDAD LEGAL. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y DERECHO VIVO

A tenor de estas últimas reflexiones, se podría concluir que la devaluación de la intención subjetiva del legislador no sólo surge de la estructura de los dos criterios de juicio –el de la interpretación conforme y el de preferencia de la norma viva–, sino también, y además de forma patente, por la justificación de la preeminencia axiológica del segundo sobre el primero.

En efecto, la intención subjetiva del legislador parecería frustrada justamente por la revaloración del propio ámbito normativo de referencia: la recuperación del puesto de la *legalidad legal*, además de rehabilitarla, conduce de hecho a la valorización de un criterio de juicio que fundamenta la *ratio legis* en la objetiva recurrencia aplicativa de un cierto significado.

Con todo, se trataría de una conclusión apresurada.

Ésta debe verificarse a través de dos órdenes de consideraciones.

En primer lugar, conviene aclarar qué importancia reviste la intención del legislador histórico en la formación del derecho vivo, es decir, de cuánta consideración goza entre los jueces ordinarios.

Desde dicha perspectiva, se pueden registrar diferentes posturas entre los jueces de instancia que apelan en sus propias motivaciones a la intención del legislador, o bien entendiéndola objetivamente, o bien subjetivamente, y otras veces en términos tan ambiguos que convierten su actitud en algo indiscifrable.

Entre las supremas magistraturas, el Consejo de Estado<sup>76</sup> y el Tribunal de Cuentas<sup>77</sup> asumen una posición intermedia, que en todo caso está abierta a la

<sup>76</sup> Vid. la sentencia núm. 3130 de 14 de mayo de 2004 de la sección IV: “II. 4.3.1. En verdad, como es sabido, el canon fundamental que debe guiar al operador jurídico en la delicada operación de interpretar un texto legislativo es el literal, coordinado y completado con la indagación sobre la intención del legislador. [...] El intérprete, por lo tanto, debe desenvolver una doble operación para aplicar una cierta norma a un caso concreto: con la primera debe acertar el contenido de la disposición a aplicar según el significado de las palabras que la componen (elemento objetivo); con la segunda, a continuación, debe averiguar la intención del legislador (elemento subjetivo), comprobando cuál sería la finalidad que éste se proponía y si ésta se encuentra en las expresiones literales usadas. Para una correcta operación de interpretación, ninguno de dichos elementos (objetivo y subjetivo) puede faltar, porque la interpretación de una norma basada exclusivamente en el dato literal haría incomprensible la *ratio* de la propia norma, impidiéndole en concreto conseguir las finalidades que la justificaban; una interpretación basada exclusivamente en la intención del legislador, además de frustrar la confianza

consideración de la intención subjetiva del legislador, mientras que la Corte de casación<sup>78</sup> oscila entre la consideración exclusiva de la preeminencia del dato literal objetivo<sup>79</sup> y la valoración de la voluntad del legislador histórico<sup>80</sup>.

El cuadro resultante muestra, en cualquier caso, que la voluntad del legislador histórico no representa más que un elemento accesorio en la atribución de significado.

Pero la intención del legislador asume una importancia decisiva, sin embargo, en el momento sucesivo a la formación del derecho vivo, donde se

---

que la norma es capaz de generar (y de la cual el intérprete no puede dejar de hacerse cargo), podría comprometer a sus mismos caracteres fundamentales de generalidad y abstracción. En opinión de esta sección, además, la necesidad de que la acción interpretativa se lleve a cabo correctamente, y en el respeto de los cánones indicados por el artículo 12 de las Disposiciones sobre la ley en general, es tanto más apremiante cuando ésta proceda del juez, dado que la interpretación por parte de éstos, *ultra* o *contra* la intención del legislador, podría determinar una violación del principio de la separación de poderes que constituye el fundamento del actual ordenamiento democrático: la admisibilidad de una interpretación conforme a la Constitución (entre las varias opciones que, en un caso concreto, pueden concitarse en una norma específica y, por tanto, independientemente de la aplicación del constringente criterio literal o de la aparentemente contraria intención del legislativo, todo ello con el fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad de la propia norma), lejos de contradecir cuanto se ha observado hasta aquí, lo confirma en cuanto que, según la jurisprudencia del juez constitucional, en principio debe considerarse que la intención del legislador no puede entrar en contradicción con los principios constitucionales”.

<sup>77</sup> Vid. la sentencia del pleno núm. 7 de 14 de julio de 2006.

<sup>78</sup> Para una rica reseña de la jurisprudencia de la Corte de casación acerca de la intención del legislador, vid. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 152 y ss., notas 161, 162 y 163.

<sup>79</sup> Vid. la sentencia núm. 2454 de 7 de abril de 1983: “la búsqueda de la *ratio legis* constituye tan sólo un criterio subsidiario de interpretación en presencia de normas de contenido dudoso, pero no puede servir para desatender el alcance de la norma en caso de que ésta, si bien contra las intenciones del legislador, tenga un significado inequívoco”. Igualmente la sentencia núm. 6363 de 27 de octubre de 1983.

<sup>80</sup> Vid. la sentencia núm. 2663 de 18 de abril de 1983: “Cuando la letra de la norma sea ambigua y también sea ambiguo el criterio hermenéutico subsidiario constituido por la búsqueda de la *mens legis* –a través del análisis comprensivo del texto–, el elemento literal y la intención del legislador se revelan insuficientes en cuanto utilizados de forma singular, y adquieren en el procedimiento interpretativo de la ley un papel paritario, de manera que –mediante la vaporización de la conjunción “e” interpuesta, en el primer inciso del artículo 12 de las *Preleggi*, entre un criterio y el otro– la intención del legislador pasa de ser un criterio hermenéutico constringente, a ser apto para obviar la equivocidad de la formulación del texto que se debe interpretar”. En el mismo sentido, vid. la sentencia núm. 9876 de 5 de octubre de 1998.

considera –cambiando radicalmente el punto de vista– la relación entre la propia interpretación viva, surgida espontáneamente en la praxis aplicativa, y la que el legislador puede imponer por autoridad a través del instrumento de las leyes de interpretación auténtica<sup>81</sup>. Es decir, que se considera, no tanto

<sup>81</sup> En torno al tema de la interpretación auténtica, obviamente sin pretensión de exhaustividad, reenviamos a F. CAMMEO, “L’interpretazione autentica”, *Giurisprudenza italiana*, 1907, pp. 305 y ss.; F. DEGNI, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 68 y ss.; L. DUGUIT, “La non rétroactivité des lois et l’interprétation des lois”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1910, pp. 764 y ss.; G. MARZANO, *L’interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1955; G. GAVAZZI, “Sulla interpretazione autentica della legge”, en *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Studia ghisleriana, Milano, 1955, pp. 151 y ss.; M. S. GIANNINI, “Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 909 y ss.; F. PERGOLESI, “Annotazione in tema di c.d. leggi interpretative”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, pp. 806 y ss.; A. AMORTH, “Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 62 y ss.; G. U. RESCIGNO, “Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 775 y ss.; G. ZAGREBELSKY, “Sulla interpretazione autentica (a proposito della legge per Assisi)”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, pp. 3485 y ss.; C. ROMANELLI GRIMALDI, “A proposito di interpretazione autentica (con particolare riguardo alle leggi interpretative in materia regolata da trattati)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, pp. 633 y ss.; R. TARCHI, “Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra parlamento e giudici”, *Foro italiano*, 1988, vol. I, pp. 1350 y ss.; ID., “La difficile collocazione delle leggi di interpretazione autentica”, *Foro italiano*, 1990, vol. I, pp. 3072 y ss.; M. MANETTI, “Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, pp. 963 y ss.; R. CAPONI, “La nozione di retroattività della legge”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, pp. 1332 y ss.; G. BERTI, “Interpretazione autentica come volontà legislativa”, *Corriere giuridico*, 1990, pp. 592 y ss.; G. SOANA, “Leggi di interpretazione autentica e principio dell’affidamento”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 1812 y ss.; AMBROSI, “Interpretazione autentica e politica legislativa”, *Giurisprudenza italiana*, 1991, vol. I, pp. 1445 y s.; L. NOGLER, “Le disposizioni legislative di interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività”, *Giurisprudenza italiana*, 1994, pp. 301 y ss.; G. VERDE, “Leggi interpretative e bilanciamento degli interessi”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 2095 y ss.; ID., “Aspetti problematici dell’interpretazione autentica della legge”, *Archivio di diritto costituzionale*, 1997, pp. 397 y ss.; ID., *L’interpretazione autentica della legge*, Giappichelli, Torino, 1997; G. LAVAGNA, “L’interpretazione autentica nei contributi della dottrina giuridica italiana”, *Nomos*, núm. 3, 1996, pp. 23 y ss.; A. GIARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, Giuffrè, Milano, 1997; M. FIORILLO, “Il legislatore retroactivo”, en *Rassegna parlamentare*, 1997, pp. 747 y ss.; A. PUGIOTTO, “L’irresistibile “ultrattività” della legge interpretata autenticamente”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1194 y ss.; ID., “La Corte costituzionale tra natura e struttura dell’interpretazione autentica legislativa: il caso della sentenza núm. 321 del 1998”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3874 y ss.;

el peso reconocido a la intención del *legislador histórico*, sino más bien el valor de la intención subjetiva manifestada auténticamente por el *legislador actual*<sup>82</sup>.

Desde tal perspectiva se debe recordar que, tanto la Corte de casación<sup>83</sup> como la Corte constitucional<sup>84</sup>, reconocen pacíficamente que la formación de la norma viva no representa un obstáculo para la interpretación auténtica por parte del legislador.

Se ha señalado que tal reconocimiento transformaría la naturaleza del recurso a la ley de interpretación auténtica, incidiendo directamente sobre sus presupuestos fundamentales: éste ya no sería concebido como un instrumento de clarificación respecto a las oscilaciones y dudas del intérprete “común” (evidentemente ausentes o mínimas si se encuentran acompañadas de la formación de una norma viva), sino más bien como instrumento de inter-

---

ID., “Il legislatore interprete e le “colonne d’Ercole” del giudicato”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 2662 y ss.; I. FERRANTI, “Le leggi interpretative nella giurisprudenza italiana”, *Rivista critica di diritto privato*, 1999, pp. 203 y ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L’interpretazione autentica nel XVIII secolo: divieto di interpretatio e riferimento al legislatore nell’illuminismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000; A. ANZON, “L’interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge”, en ID. (ed.), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1 y ss.; A. GIARDINO CARLI, “Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro”, *ibidem*, pp. 17 y ss.; M. MANETTI, “I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica”, *ibidem*, pp. 31 y ss.; L. OLIVIERI, “Interpretazione e leggi di interpretazione autentica”, *ibidem*, pp. 147 y ss.; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>82</sup> Como veremos en seguida, la referencia a la voluntad del legislador actual tiene un valor diferente respecto al reclamado por A. GIULIANI, (“Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15”, en *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol. I, UTET, Torino, 1982, p. 216 y s.) como argumento para sostener una interpretación abrogatoria y retroactiva de la ley.

<sup>83</sup> Vid. las sentencias núm. 3119 de 20 de mayo de 1982; núm. 3928 de 12 de junio de 1986; núm. 5519 de 24 de junio de 1987; núm. 1323 de 22 de febrero de 1983; núm. 7342 de 18 de julio de 1990. Sobre el tema, I. AMBROSI, “Interpretazione autentica e politica legislativa”, cit., p. 1445.

<sup>84</sup> Vid. la sentencia 525 de 2000: “La jurisprudencia constitucional ha afirmado en varias ocasiones que el legislador puede adoptar normas que precisen el significado de otras disposiciones legislativas, no sólo cuando exista una situación de incertidumbre en la aplicación del derecho o porque se den contradicciones jurisprudenciales, sino también en presencia de una orientación homogénea de la Corte de casación, siempre y cuando la opción impuesta por la ley se encuentre entre las posibles variantes de sentido del texto originario, vinculando con ello un significado atribuible a la norma anterior”. En el mismo sentido, ya la sentencia n. 123 de 1988, n. 283 de 1989 y la disposición núm. 480 de 1992.



vención política sobre el poder judicial (y también, aunque la cuestión no se suscite casi nunca, sobre el poder ejecutivo)<sup>85</sup>.

Pero la verdad de semejante objeción parece abarcar sólo en parte la complejidad de la cuestión del legislador intérprete.

Ésta puede darse bajo dos hipótesis diferentes.

El legislador puede ser llamado a intervenir, en efecto, para clarificar las dudas del intérprete común. Históricamente, este tipo de intervención asume las características de la concreción, puesto que el legislador es llamado a intervenir en relación con supuestos de hecho concretos, según el esquema que ya era propio de los rescriptos imperiales romanos<sup>86</sup> y que encontró su consagración más acabada en la fórmula del *référé législatif*<sup>87</sup>.

Pero también puede darse el caso de la interpretación auténtica en sentido propio<sup>88</sup>, en la cual el legislador considera necesario precisar el significado de uno de sus enunciados por vía general y abstracta, en cuanto que le ha sido solicitado por orientaciones jurisprudenciales, doctrinales o por movi-

<sup>85</sup> Vid. A. PUGIOTTO, "La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica", en P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 309; ID., "Leggi interpretative e funzione giurisdizionale", en A. ANZON (ed.), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 2001, p. 62; ID., *L'irresistibile 'ultrattività'*, cit., p. 1203; L. NOGLER, "Sull'uso dell'interpretazione autentica e delle leggi retroattive in materia previdenziale", *Giurisprudenza italiana*, 1993, vol. I, pp. 381 y ss.

<sup>86</sup> Vid. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. I, pp. 80 y s.: "un instituto en el cual se manifiesta mayormente esta tendencia de los Emperadores a servirse de la jurisdicción para extender y apuntalar la observancia del derecho imperial, lo tenemos en la *relatio* o *consultatio*, con la cual un juez, al encontrarse frente al deber de decidir una cuestión que le parecía oscura y difícil, se dirigía al Emperador para recibir en respuesta un *rescriptum* que resolviese el aspecto dudoso".

<sup>87</sup> Vid. M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Durand, Paris, 1822, pp. 258 y ss.; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I (1899), Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1919, pp. 77 y ss.; E. PIOLA CASELLI, "Interpretazione delle leggi", en *Il Digesto italiano*, XIII, UTET, Torino, 1904, pp. 79 y ss.; P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit., vol. I, pp. 438 y ss.; C. MORTATI, "La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge", en ID., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 588.

<sup>88</sup> Sobre la distinción entre interpretación auténtica en sentido propio e interpretación auténtica por rescripto, vid. L. MORTARA, *Comentario del Codice e delle Leggi di procedura civile. Teoria e sistema della giurisdizione*, cit., pp. 77 y ss., y en particular la bonita reconstrucción histórica de la nota 1.

mientos de opinión, pero en todo caso no en relación directa con exigencias de una situación concreta.

No obstante, tanto en uno como en otro caso la interpretación auténtica siempre ha representado, lo mismo en sistemas y épocas autoritarios<sup>89</sup> que en contextos inspirados por el reconocimiento y la tutela de los derechos del ciudadano<sup>90</sup>, un instrumento para la contención de la fuerza centrífuga de la actividad interpretativa (tal era el sentido del artículo 73 del Estatuto albertino, la constitución italiana monárquica, que establecía lo siguiente: “la interpretación de las leyes, de modo obligatorio para todos, corresponde exclusivamente al poder legislativo”<sup>91</sup>).

Así es como se puede entender que el recurso a leyes interpretativas, desde la perspectiva política de la regulación de las esferas de influencia entre los poderes legislativo y jurisdiccional, no constituya una transformación, sino propiamente un desarrollo de la naturaleza de tal instituto.

Y es desde esta perspectiva desde donde debe leerse la rica<sup>92</sup> jurisprudencia constitucional en materia de leyes de interpretación auténtica.

<sup>89</sup> Véase el proemio a las *Leggi e costituzioni* (1770) de Carlo Emmanuele III de Saboya: “ningún magistrado o tribunal, aunque sea supremo, podrá usar de interpretación alguna para cualquier caso del que se trate por encima de la misma [constitución]; no queriendo que se encuentren sujetas a limitaciones, declaraciones, a una amplia acción o a moderación, que no dependa de Nosotros o de nuestros sucesores. Y en el caso de que se suscitase alguna duda en cuanto a la intelección de la misma, los magistrados designarán a su representación para recibir nuestras determinaciones al respecto”.

<sup>90</sup> Vid. el *Progetto del codice civile per la Repubblica italiana* (1802-1803) de Alberto De Simoni en el artículo 1 del título decimosegundo, relativo a la interpretación de las leyes: “la interpretación que atañe a la resolución de las dudas en forma de disposición general y preceptiva no puede competir más que al poder legislativo”.

<sup>91</sup> Respecto a ello, vid. M. S. GIANININI (*L'interpretazione*, cit., p. 96), que subraya cómo éste tenía “la función puramente negativa de excluir que la interpretación judicial pudiera tener eficacia general”. En el mismo sentido que el artículo 73 del Estatuto albertino, el artículo 8 del código civil general austriaco (1 de junio de 1811, puesto en vigor en el territorio lombardo-veneto mediante acto de 28 de septiembre de 1815) disponía lo siguiente: “sólo al legislador le corresponde interpretar la ley de forma vinculante para todos. Tal interpretación se aplicará a todos los casos que estén aún por decidirse, a menos que el legislador añada que su interpretación no deba referirse a las decisiones de aquellas causas que tengan por objeto procesos en curso y derechos demandados antes de la susodicha interpretación”.

<sup>92</sup> El número de los pronunciamientos de la Corte que efectivamente tienen como objeto leyes de interpretación auténtica, o leyes cuya naturaleza interpretativa estaba puesta en discusión, es verdaderamente notable. Ofrecemos el elenco a partir de 1981 (y ello en razón del hecho de que en 1981 la Corte utilizó la fórmula “derecho vivo” con la sentencia núm. 11), sin introducir ninguna distinción en particular, con el sencillo objetivo de evaluar su “consistencia”.

Aunque laberíntica, ésta se caracteriza por algunos elementos lo suficientemente constantes como para poder reconocer en ellos una política judicial de la Corte o, quizá más correctamente, una exigencia de sistema de la cual responde el juez constitucional.

En términos generales, esta política parte del presupuesto de la indiscutida admisibilidad del instituto en cuestión, incluso en el marco de la separación de poderes<sup>93</sup>, a la vez que reconoce, en particular, una marcada polifuncionalidad de las leyes interpretativas y afirma la ausencia de un necesario presupuesto justificativo para sus aprobaciones<sup>94</sup>.

---

1981: nn. 56, 153, 154, 165, 166, 187; 1982: nn. 67, 91, 152, 170, 179, 195, 220, 222, 224, 244, 253; 1983 nn. 35, 88, 113, 237, 302; 1984 nn. 195, 261; 1985 nn. 36, 41, 323, 370; 1986 nn. 89, 101, 134, 167, 186, 282, 299; 1987 nn. 37, 55, 56, 123, 174, 181, 209, 217, 254, 271, 293, 444, 521, 620; 1988 nn. 6, 89, 91, 123, 233, 357, 373, 501, 608, 661, 754, 769, 810, 865, 826, 879, 886, 923; 1989 nn. 61, 109, 242, 264, 288, 336, 432, 475, 486; 1990 nn. 54, 61, 73, 75, 88, 97, 100, 240, 244, 286, 380, 391, 427, 490, 523, 586; 1991 nn. 38, 67, 93, 163, 167, 193, 209, 316, 292, 451; 1992 nn. 110, 114, 157, 190, 246, 257, 283, 348, 372, 376, 410, 412, 440, 444, 447, 454, 455, 479, 480; 1993 nn. 39, 51, 63, 74, 119, 155, 161, 189, 232, 336, 351, 364, 381, 402, 429, 430, 431, 432, 479; 1994 nn. 6, 20, 25, 115, 153, 213, 240, 263, 288, 385, 392, 397, 409, 411, 417, 437, 422, 461, 486; 1995 nn. 15, 88, 91, 94, 98, 311, 225, 241, 296, 376, 396, 409, 421, 427, 451; 1996 nn. 22, 33, 122, 127, 166, 167, 189, 224, 372, 380, 386; 1997 nn. 133, 198, 204, 248, 432, 441, 465; 1998 nn. 22, 114, 196, 216, 292, 321, 339, 390, 438; 1999 nn. 143, 159, 196, 229, 350, 442, 466; 2000 nn. 28, 85, 117, 157, 178, 190, 374, 425, 525, 576, 577; 2001 nn. 40, 44, 94, 100, 136, 174, 180, 208, 219, 236, 249, 254, 333, 335; 2002 nn. 5, 12, 29, 121, 149, 175, 234, 259, 313, 374, 409, 432, 434, 436, 440, 502, 516, 530; 2003 nn. 10, 26, 62, 181, 300, 337, 341, 342, 370, 491; 2004 nn. 31, 37, 168, 320, 340, 376, 395, 425, 433; 2005 nn. 7, 24, 248, 282, 305, 320, 409; 2006 nn. 39, 62, 80, 111, 120, 135, 232, 242, 273, 274, 288, 351, 428, 429, 458; 2007 nn. 11, 19, 90, 156, 171, 188, 202, 229, 234, 314, 330, 364, 400; 2008 nn. 5, 27, 30, 41.

El gran número de pronunciamientos es sin duda sintomático de un malestar entre los jueces, remisos frente a la intervención interpretativa del legislador (A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza*, cit., pp. 304 y ss.), pero, desde nuestro particular punto de vista, ello ofrece una pista sobre la frecuencia de esta intervención (R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?)*, cit., pp. 1344 y ss.; A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, cit., pp. 12 y ss.).

<sup>93</sup> Vid. la sentencia núm. 234 de 2007 (17º considerando jurídico): “en efecto, no cabe configurar a favor del juez, no obstante el respeto a sus propias prerrogativas, una exclusividad en el ejercicio de la actividad hermenéutica que pueda impedir la que corresponde al legislador, en cuanto que la atribución por ley de un determinado significado a una norma no menoscaba la *potestas iudicandi*, sino que define y delimita el supuesto normativo que es objeto de la propia *potestas*”.

<sup>94</sup> Con respecto a la necesidad de un presupuesto justificativo, puede percibirse una evolución en la jurisprudencia de la Corte, que primero ha seguido el camino de la “dilatación

Estas características, comprensivamente consideradas, permiten por sí solas refutar la validez general de la conclusión provisional con respecto a la devaluación de la intención subjetiva del legislador, determinada por la relación entre interpretación conforme y preferencia por la norma viva. Dicha conclusión puede valer tan sólo en lo que se refiere a la intención del legislador histórico, pero no a la del legislador actual.

El ámbito de intervención del legislador intérprete, o sea del legislador actual, es notablemente amplio<sup>95</sup> y no se encuentra limitado por la formación de derecho vivo.

La combinación de estos dos elementos nos lleva a reconsiderar el fundamento axiológico del criterio de preferencia de la norma de derecho vivo, que puede identificarse en la aceptación de la norma viva por parte del le-

---

del concepto de interpretación auténtica legislativa", convirtiéndolo así en un "instrumento legislativo multiuso" (A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., pp. 309 y ss.; ID., *La labirintica giurisprudenza*, cit., pp. 307 y ss.), para después efectuar un viraje con la sentencia núm. 123 de 1998 (11° considerando jurídico): "la ley de interpretación auténtica, en efecto, no se distingue de la ley innovadora con eficacia retroactiva, al ser también aquella innovadora (vid. sentencia n. 118 de 1957) y naturalmente retroactiva; y no interfiere, de por sí, con la esfera reservada al poder judicial. Tampoco se puede afirmar especialmente la subsistencia de una interferencia y, en consecuencia, la ilegitimidad del empleo de tal instrumento, aduciéndose la inexistencia de una contradicción jurisprudencial precedente y la consiguiente presencia de una orientación homogénea de la Casación en sentido opuesto. De hecho, también prescindiendo del hecho de que tal orientación no se habría formado pacíficamente, sino que continuaría siendo desatendida por numerosos jueces de instancia, se debe señalar, de acuerdo con la opinión recurrentemente expresada por la propia Corte de casación y por la doctrina más atenta, que la existencia de interpretaciones judiciales discordantes, al constituir un dato extrínseco a la ley interpretativa y a su contenido, no puede considerarse un presupuesto indispensable de legitimidad para la intervención de aquel legislador que, sobre la base de decisiones político-discrecionales, decida imponer *erga omnes* un cierto significado normativo a disposiciones precedentes". La estrategia argumentativa de la Corte, si bien con alguna oscilación (vid. sentencia núm. 229 de 1999, 4° considerando jurídico, donde la Corte, identificando en la contradicción interpretativa respecto a la disposición impugnada la justificación de la intervención retroactiva de la disposición objeto del juicio, parece asumirla como presupuesto de la interpretación auténtica), es lineal: el primer paso consistió en la dilatación del concepto de ley de interpretación auténtica, que aportó la multiplicación de las situaciones en las que estaba justificado recurrir; el segundo paso condujo a la transformación de la multiplicidad de ocasiones que lo justificaban mediante la afirmación de la ausencia de particulares presupuestos.

<sup>95</sup> De "omnipotencia del legislador intérprete" habla A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa*, cit., p. 317.

gislador actual: el hecho de que éste no intervenga para echar abajo una interpretación de derecho vivo, aun teniendo el poder para hacerlo, viene a significar que reconoce en ella la expresión de su propia voluntad normativa, que ésta es derecho vivo porque él permite que lo sea.

Respecto a esta reconstrucción de las relaciones entre interpretación auténtica y derecho vivo, se podría objetar que quizá parte, para emplear la expresión de Esposito, de una “concepción mística” del legislador actual.

Es decir, se podría pensar que suponemos un legislador actual ideal, no sólo dedicado a la propia producción legislativa, sino también atento a los desarrollos con los que dicha producción, y la de sus predecesores, podría ser dirigida por la interpretación de los jueces en cada sector del ordenamiento jurídico.

De aquí se podría concluir que, al ser bien distinto el legislador actual real, sea excesivo afirmar una coparticipación en el alcance normativo de la interpretación del derecho vivo sólo en función de su silencio. Pues el silencio podría significar no necesariamente asentimiento, sino también indiferencia y, en muchos casos, inadvertencia.

Pero creo poder afirmar que esta objeción no está fundada.

El hecho irrefutable de que el silencio del legislador con respecto a una interpretación del derecho vivo puede asumir diversos significados, no es suficiente para negar que cada uno de ellos pueda constituir el fundamento axiológico.

No se debe despreciar, en efecto, la particular connotación de la interpretación auténtica subsiguiente a la formación de una norma de derecho vivo: se trata de una reacción frente a la imposición de un significado percibido como contrario a la voluntad del legislador actual.

Es obvio, por consiguiente, que el legislador no recurrirá a ella cuando la solución del derecho vivo le sea indiferente, o cuando no haya sido consciente de la misma.

En el primer caso su silencio constituirá el fundamento axiológico de la interpretación del derecho vivo, como consecuencia de la relación entre el momento de autoridad y de libertad propio de los ordenamientos jurídicos de raíz liberal como el nuestro, según la cual la indiferencia de la autoridad se entiende como juicio de compatibilidad y justifica el ejercicio de la libertad. De manera que, desde semejante perspectiva, la indiferencia del legisla-



dor puede leerse como índice de compatibilidad de la norma de derecho vivo con su voluntad.

Y *a fortiori* en el segundo caso: una interpretación de derecho vivo que no haya sido materialmente advertida por el legislador actual se habrá revelado con claridad, dentro de su ámbito de libertad, en un nivel tan bajo como para no traspasar ni siquiera el umbral de la indiferencia.

## 6. CONCLUSIONES. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR VIVO: UNA SOLUCIÓN DÚCTIL<sup>96</sup> AL PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD DEL ENTENDER

Las observaciones que preceden nos permiten, por lo tanto, una revalorización de la intención del legislador en los términos ya precisados.

Se trata, por lo demás, de una conclusión compatible con la estructura de los ordenamientos pluralistas contemporáneos, que no reconocen la existencia de un único patrón de derecho, sino que presuponen que éste sea objeto de la atención de muchos a la vez.

Legislador y jueces están empeñados por igual en la *dúctil* operación de construir la *legalidad legal*, sobre la base de un equilibrio dinámico que encuentra su regla práctica en la razonabilidad<sup>97</sup>.

Así, en la atribución de significado de las disposiciones legislativas, el reconocimiento de la praxis interpretativa como matriz de la norma viva no puede extenderse hasta cancelar el valor de la intención subjetiva del legislador, y ésta sólo puede manifestarse en términos generales y abstractos sin pretender “vincular al juez para que asuma una determinada decisión en controversias específicas e individualizadas”; en tal caso la función normativa se desnaturalizaría por asumir un contenido providencial, como cuando “el legislador, empleando su prerrogativa de intérprete autorizado del derecho, obstruye al juez la decisión de instancia al imponerle la declaración de extinción de los juicios pendientes”<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> N. del T: la expresión italiana es *mite*, que traducimos aquí por *dúctil*, en el bien entendido de que el autor está realizando una alusión a la obra *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky, cuya versión castellana optó por semejante traducción: *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>97</sup> Vid. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 2004.

<sup>98</sup> Sentencias núm. 123 de 1987 y núm. 397 de 1994. Sobre el tema vid, M. FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, cit., 1997, pp. 773 y ss.



Y, ciertamente, la intención subjetiva del legislador que participa de este equilibrio dinámico no puede ser la del legislador histórico, que es estática por naturaleza<sup>99</sup>.

Por este motivo, el recurso a los trabajos preparatorios es considerado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional como un instrumento accesorio<sup>100</sup>, más o menos útil en función de la distancia respecto del momento de la deliberación legislativa, pero en cualquier caso nunca determinante.

Puesto que la atribución de significado debe contribuir a la solución del problema de la *actualidad del entender*, la intención subjetiva del legislador capaz de situarse en relación con la praxis interpretativa será la del legislador actual, la del legislador vivo.

Ésta encuentra su valor en una lectura sistemática del principio de la inagotabilidad de las fuentes. Desde el momento en que esto no ha sido puesto en discusión por la formación de la norma viva, se puede pensar que la inactividad del legislador ante ésta constituye una especie de manifestación de voluntad concluyente de facto, que precisamente encuentra su contenido en la norma viva.

Desde semejante perspectiva podemos concluir, por lo tanto, que la *actualidad del entender* ya no constituye un problema, puesto que el intérprete actual se enfrenta con una ley deseada, o todavía deseada, por un legislador actual que –dentro de los límites de la razonabilidad– siempre podrá imponer su intención.

MASSIMO CAVINO

Facoltà di Giurisprudenza

Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche

Via Mondovì 6/8/10. 15100 - Alessandria

e-mail: massimo.cavino@jp.unipmn.it

<sup>99</sup> Puesto que ya no es posible atrapar una sombra en movimiento, como antes se creía poder hacer mediante la concepción de su inmanencia en el texto de la ley. Como hemos visto, las relaciones entre legislador e intérprete son demasiado diversas.

<sup>100</sup> La apelación a los trabajos preparatorios reviste casi siempre el valor de un argumento *ad abundantiam*. A mero título de ejemplo, vid. las sentencias núm. 95 de 2007 (considerando jurídico 5.1), núm. 165 de 2007 (considerando jurídico 4.1.1); núm. 256 de 2007 (considerando jurídico 4.2).